

Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2018-2019

Onder redactie van

Mr. Y. Borrius
Prof. mr. drs. I.S. Wuisman
Mr. drs. A.R.J. Croiset
van Uchelen
Mr. dr. B. Bier
Mr. drs. A.J. Wolfs
Prof. mr. E.C.H.J. Lokin

SERIE VANWEGE HET VAN DER HEIJDEN INSTITUUT

KRONIEK BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID 2018

1 Inleiding

Het schrijven van een kroniek bestuurdersaansprakelijkheid is een eervolle taak, die vanzelfsprekend nog interessanter wordt wanneer in het kroniekjaar uitspraken zijn gewezen die een nieuwe lijn in de jurisprudentie laten zien of die de pennen in beweging hebben gezet. Het eerste hebben wij in 2018 niet kunnen constateren, maar de nodige penbewegingen in de literatuur zijn er wel geweest. Dat werd vooral veroorzaakt door een arrest van de Hoge Raad dat in de volksmond inmiddels het *TMF*-arrest is gaan heten.² Net zoals het geval was bij zaken die in eerdere jaren tot discussie hebben geleid,³ had het arrest betrekking op externe bestuurdersaansprakelijkheid. De zaak ging over de vraag of *TMF* door een grote groep beleggers aansprakelijk kon worden gehouden voor een misgelopen vastgoedproject in de Dominicaanse Republiek. Dat in de inleiding van de kronieken bestuurdersaansprakelijkheid van de vorige twee bundels⁴ met enige geruststelling werd geconstateerd dat de rust in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht definitief leek te zijn teruggekeerd, kan dus wellicht iets te optimistisch zijn geweest. Bovendien zal de discussie volgend kroniekjaar mogelijk opnieuw aangewakkerd worden door het in maart 2019 verschenen proefschrift van Karapetian ‘Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad’.⁵ Hierin wordt (opnieuw) kritiek geuit op de in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht gehanteerde ‘ernstig verwijt’-maatstaf.⁶ Vanwege de verschij-

1 Winand Westenbroek is advocaat bij WestLegal te Amsterdam en verbonden aan de Erasmus School of Law, Maarten Mussche is advocaat bij Wijn & Stael Advocaten te Utrecht, Daphne Beunk is advocaat bij Florent te Amsterdam.

2 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *NJ* 2018/330, m.nt. P. van Schilfgaarde (*X c.s./TMF*).

3 HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, *NJ* 2013/302, m.nt. Van Schilfgaarde en *JOR* 2013/40, m.nt. Van Andel en Rutten (*Spaanse Villa*); HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, *JOR* 2014/296, m.nt. Kroeze (*Tulip Air*) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:377, *JOR* 2014/325, m.nt. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

4 J. van Bekkum & L. Stoppels, ‘Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2017’, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018* (VDHI nr. 152), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 3 en B.I. Kraaiipoel & E.J. Oppedijk, ‘Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2016: It’s the end of the world as we know it (and it feels fine)’, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016-2017* (VDHI nr.141), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 3-4.

5 A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, diss. Groningen (R&P nr. INSR11), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 47 en 59.

6 Zie daarover eerder de dissertatie van W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie*, diss. Rotterdam (IVOR nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017, die aan het einde van het vorig kroniekjaar verscheen.

ningsdatum van dit proefschrift laten wij het bij deze constatering en zullen wij haar proefschrift niet bespreken.

Verder besteden we in deze kroniek uiteraard ook aandacht aan andere interessante zaken, zoals de drie samenhangende arresten van de Hoge Raad in de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures over het roemruchte faillissement van Partrust met een boedeltekort van ruim € 33 miljoen. Ook staan we stil bij het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland over de aansprakelijkstelling van oud-bestuurders en toezichthouders van het ROC Leiden die de kosten van een nieuwbouwproject van € 46 miljoen lieten oplopen tot € 223 miljoen. Dit zijn slechts enkele voorbeelden van de nog immer bonte casuïstiek binnen het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht waaruit wij ten behoeve van deze kroniek hebben geput. We hebben niet gestreefd alle uitspraken uit 2018 uitputtend te bespreken of te noemen, maar hebben een selectie gemaakt van uitspraken en ontwikkelingen die onze aandacht trokken.

2 Evaluatie WBT 2011 en de WBT 2016

Wij beginnen deze kroniek met een update op het wetgevingsvlak. Per 1 januari 2013 is de Wet Bestuur en Toezicht in naamloze en besloten vennootschappen van 6 juni 2011 ('WBT 2011') in werking getreden.⁷ Onderdeel van de wijziging was de codificatie van de zogenoemde 'ernstig verwijt'-maatstaf in art. 2:9 BW.⁸ Iets meer dan drie jaar later diende de minister op 8 juni 2016 bij de Tweede Kamer het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen in ('WBT 2016', *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2).⁹ De voorgestelde regeling was ambitieus en beoogde blijkens de eerste zin van de memorie van toelichting '*de regeling voor bestuur en toezicht bij de verschillende soorten rechtspersonen aan te vullen en te verduidelijken*'.¹⁰ De minister noemde daarbij het belang '*dat het civiele recht zoveel mogelijk heldere normen bevat, waardoor zij die aan het rechtsverkeer deelnemen, zoveel mogelijk zelf tot een eensgezind oordeel over hun juridische positie kunnen komen*'.¹¹ Ook werd invulling gegeven aan de aanbevelingen van de

7 Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (*Kamerstukken* 31763, *Stb.* 2011, 275).

8 In de kroniek bestuurdersaansprakelijkheid van de bundel 2011/2012 heeft Jan Hendrik Crucq het op grond daarvan gewijzigde art. 2:9 BW besproken. Zie J.H.B. Crucq, 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2009-2011', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012* (VDHI nr. 112), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 5-8.

9 In de kroniek bestuurdersaansprakelijkheid van de bundel 2015/2016 beschreef Ellen Soerjatin het toen bij de Raad van State liggende wetsvoorstel. Zie E.M. Soerjatin, 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid: de hits van 2014-2015', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016* (VDHI nr. 134), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 4.

10 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 1.

11 *Kamerstukken II* 2017/18, 34491, 6, p. 9.

Commissie Behoorlijk Bestuur,¹² die had aangedrongen op een nauwkeuriger omschrijving van de taak en de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichhouders van instellingen in semipublieke sectoren. Talloze bepalingen die nu nog zijn opgenomen in de titels voor de naamloze en besloten vennootschap zouden worden overgeheveld naar de algemene Titel 1 Boek 2 BW. Zo zou art. 2:9 BW worden opgesplitst in drie verschillende artikelen en zouden de in art. 2:138/2:248 BW opgenomen bepalingen over bestuurdersaansprakelijkheid worden verplaatst naar een nieuw art. 2:9c BW in Titel 1 Boek 2 BW. Met het wetsvoorstel werd verder beoogd uitvoering te geven aan de in de brief aan de Tweede Kamer van 12 november 2013 aangekondigde maatregelen ter verbetering van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in semipublieke sectoren.¹³ Soerjatin sprak in de VCL-bundel 2015/2016 de voorzichtige verwachting uit dat de WBT 2016 in de loop van 2016 in werking zou treden.

Het is anders gelopen. Terwijl de WBT 2011 redelijk snel is ingevoerd, is dat ten aanzien van de WBT 2016 niet het geval. De minister had tijdens de behandeling van de WBT 2011 toegezegd binnen drie jaar de gehele wet te evalueren,¹⁴ maar die evaluatie had nog niet plaatsgevonden bij indiening van de WBT 2016. De Raad van State merkte bij de behandeling van het wetsvoorstel WBT 2016 dan ook op dat het wetsvoorstel vooruitliep op de resultaten van die evaluatie en achtte het voorstel daarom op bepaalde punten prematuur. Om het risico te voorkomen dat de wet op korte termijn opnieuw gewijzigd zou moeten worden, adviseerde de Raad van State in elk geval op die punten de evaluatie af te wachten.¹⁵ In het verslag van de Vaste Commissie voor Veiligheid en Justitie, belast met het voorbereidend onderzoek van het wetsvoorstel, werd op 9 december 2016 eveneens de vraag gesteld waarom de regering niet ervoor had gekozen eerst de WBT 2011 te evalueren alvorens het wetsvoorstel WBT 2016 aan de Tweede Kamer te zenden.¹⁶ Het zou kunnen verklaren waarom dit wetsvoorstel enige tijd stil heeft gelegen.

De evaluatie van de WBT 2011 in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie en Veiligheid (WODC) werd eind 2017 afgerond. De evaluatie heeft een lijvig rapport opgeleverd dat per brief van 15 december 2017 door de minister aan de Tweede Kamer is aangeboden en tevens in boekvorm is opgenomen in de Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht.¹⁷ Bij de aanbidding van het Evaluatierapport over de WBT 2011 heeft de minister de Tweede Kamer medegedeeld de resultaten van het

12 *Kamerstukken II* 2012/13, 28479, 68.

13 *Kamerstukken II* 2012/13, 33750 VI, 31.

14 *Handelingen I* 2010/11, 31763, 28, item 4, p. 26.

15 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 4, p. 3, 4 en 8.

16 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 5, p. 3-4.

17 H.E. Boschma e.a., *Evaluatie Wet bestuur en toezicht. Wetenschappelijk evaluatieonderzoek naar de werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv* (IVOR nr. 110), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

onderzoek te zullen betrekken bij de Nota naar aanleiding van het verslag van het voorstel WBT 2016.¹⁸

Bijna een jaar later, op 9 november 2018 diende de minister de voornoemde Nota naar aanleiding van het verslag in,¹⁹ alsmede een Nota van Wijziging met een gewijzigd wetsvoorstel voor de WBT 2016.²⁰ De Nota van Wijziging liegt er niet om. Van de ambitieuze doelstelling die het voorstel WBT 2016 had, lijkt niet veel over en de voorgestelde overheveling van talloze bepalingen naar de algemene titel van Boek 2 BW is van de baan. De grondige wijziging was voor leden van de Vaste Commissie voor Justitie en Veiligheid van de Tweede Kamer aanleiding om in een nader verslag van 19 december 2018 te vragen of niet opnieuw advies moest worden gevraagd aan de Raad van State. Ook werden onder verwijzing naar het eind 2017 verschenen proefschrift ‘Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie’²¹ verschillende vragen gesteld over de codificatie (op grond van de WBT 2011) en de functie van de term ‘ernstig verwijt’ in art. 2:9 BW.²² Zo stelden Kamerleden de vraag of er ook zoiets bestaat als ‘niet ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur’. Ook vroegen zij of er niet ten onrechte verschillende terminologie wordt gehanteerd in art. 2:9 BW respectievelijk art. 2:138/2:248 BW. In de Nota naar aanleiding van het nader verslag van 15 februari 2019²³ heeft de minister daarop gereageerd,²⁴ maar die reactie lijkt niet ten volle in te gaan op de gestelde vragen.²⁵ Of de Tweede Kamer van oordeel is dat het doel van de WBT 2016 om de regeling voor bestuur en toezicht bij de verschillende soorten rechtspersonen aan te vullen en te verduidelijken wordt bereikt, zal derhalve nog moeten blijken uit de verdere behandeling van het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel is ten tijde van aanlevering van deze kopij aangemeld voor plenaire behandeling in de Tweede Kamer.

18 Brief van de minister van 15 december 2017.

19 *Kamerstukken II* 2017/18, 34491, 6.

20 *Kamerstukken II* 2017/18, 34491, 7.

21 Westenbroek 2017 (diss.), zie voetnoot 7.

22 *Kamerstukken II* 2017/18, 34491, 8, p. 1, 3 en 4.

23 *Kamerstukken II* 2017/18, 34491, 9.

24 Op 20 februari 2019 heeft de minister voorts een nieuwe Nota van Wijziging ingediend die louter technisch van aard was en een vergissing in de vorige nota van wijziging diende te herstellen (*Kamerstukken II* 2017/18, 34491, 10).

25 Zie in dit verband het commentaar van W.A. Westenbroek bij de uitspraak van Ktr. Amsterdam 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7881 (CEO-fraude Pathé) in ‘Bestuurdersaansprakelijkheid en internetcriminaliteit in de bioscoop: een spannende film?’, *MvO* 2019/3.4, par. 5, waarin hij kritisch is op de reactie van de minister en op het voornoemde evaluatierapport. Het betrof een arbeidsrechtelijke uitspraak die in deze kroniek verder onbesproken zal blijven, maar waarvan niet uitgesloten is dat de feiten in een volgend kroniekjaar tot interessante rechtspraak op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid leiden.

3 Interne aansprakelijkheid

3.1 Algemeen: beleidsruimte van het bestuur en hindsight bias

Dat bestuurders ruimte moeten hebben om te ondernemen en niet aansprakelijk moeten zijn voor beslissingen die achteraf verkeerd uitpakken, is lang en algemeen aanvaard in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Bestuurders behoren vrijheid te hebben om risicovolle (ondernemings)beslissingen te nemen. Rechters dienen met deze beleidsvrijheid rekening te houden bij de beoordeling van een vordering op grond van art. 2:9 BW. Uit de memorie van toelichting bij het per 1 januari 2013 gewijzigde art. 2:9 BW blijkt verder dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW, tevens acht moet worden geslagen op het risico van hindsight bias: *‘Voorop moet blijven staan dat de vraag of sprake is van onbehoorlijk bestuur moet worden beantwoord naar het moment waarop de betreffende handelingen werden verricht.’*²⁶ In dezelfde wetsgeschiedenis²⁷ wordt verwezen naar de Laurus-beschikking, waarin wordt gesproken van *‘een taakvervulling die niet in overeenstemming is met de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris de taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen.’*²⁸ Een bestuurder dient bij het maken van zakelijke (beleids)afwegingen op een geïnformeerde grondslag en doordachte wijze te handelen²⁹ en zo nodig advies in te winnen bij deskundigen. Bij de benadering van de vraag of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling moet de rechter steeds rekening houden met alle omstandigheden van het geval en tot een redelijk en billijk oordeel komen zonder op de stoel van de ondernemer plaats te nemen.³⁰ De feiten en omstandigheden moeten goed worden afgewogen en de ene rechter zal misschien een andere inschatting maken dan de andere. Het leidt veelal ook tot uitgebreide uitspraken die sterk casuïstisch bepaald zijn.

In de media kreeg een zaak die leidde tot het vonnis van 28 februari 2018 van de Rechtbank Midden-Nederland veel aandacht (zo kopte de NRC eind 2015: *‘Ze waren verliefd op hun vastgoed’*).³¹ In deze zaak hadden Stichting ROC Leiden en drie daaraan verbonden vennootschappen de oud-bestuurders en toezichthouders van het ROC aansprakelijk gesteld voor onbehoorlijk bestuur respectievelijk onrechtmatig handelen. De vordering was ingesteld door het bestaande bestuur van Stichting ROC Leiden. De achtergrond van de aansprakelijkstelling hield

26 *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 9.

27 *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 9.

28 HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, *NJ* 2006/443, m.nt. G. van Solinge en *JOR* 2005/119, m.nt. M. Brink (*Laurus*).

29 B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag: binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware*, diss. Rotterdam (IVOR nr. 59), Deventer: Kluwer 2007, p. 525 en de daarin genoemde jurisprudentie.

30 *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 3-4.

31 Rb. Midden-Nederland 28 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:723.

verband met de realisatie van twee nieuwe panden voor het ROC Leiden, waarvan een deel bestemd was voor de onderwijsdoelstellingen en een deel verhuurd zou worden aan derden. Volgens eisers zou bij dit alles onder meer de statutaire doelomschrijving zijn overschreden, zou een te groot deel voor verhuur zijn bestemd terwijl onvoldoende rekening zou zijn gehouden met het risico op leegstand, zouden begrotingen niet kloppen en zou er een te groot risico zijn genomen met een terugkoopverplichting. Door de ontwikkeling van de panden was de financiële situatie van het ROC Leiden in 2012 dermate verslechterd dat het ROC onder verscherpt toezicht werd gesteld en van een faillissement gered moest worden. In opdracht van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap heeft de Commissie onderzoek huisvesting ROC Leiden (de Commissie Meurs) vervolgens onderzoek uitgevoerd naar de besluitvorming rondom de huisvesting. Deze Commissie oordeelde dat er aanleiding was om nader onderzoek te doen naar mogelijk persoonlijk verwijtbaar handelen van het bestuur in de zin van art. 2:9 BW. Met een verwijzing naar het standaardarrest *Staleman/Van de Ven*³² concludeerde de Rechtbank Midden-Nederland evenwel niet tot aansprakelijkheid. Volgens de rechtbank had geen statutaire doeloverschrijding plaatsgevonden omdat met het realiseren van de nieuwbouw de belangen van het ROC werden gediend. De rechtbank overwoog voorts dat gedaagden zich hadden laten adviseren en ook mochten vertrouwen op de ingeschakelde adviseurs.³³ Het vonnis is zeer uitvoerig. Zowel Van Uchelen-Schipper als Nolen schreven een helder commentaar onder het vonnis in *JOR* 2018/147 respectievelijk *MvV* 2018/12.

In de zaak die leidde tot het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 15 mei 2018³⁴ werden de oud-bestuurders van Stichting Installatiewerk Midden, een regionaal opleidingsbedrijf voor leerlingen die een middelbare beroepsopleiding (MBO) volgden in de installatietechniek, aansprakelijk gesteld door het zittende bestuur van de stichting. Hun werd verweten in het verleden (in de periode 2009-2012) ten onrechte te hebben besloten tot nieuwbouw voor de praktijklessen en daartoe bouwopdrachten te hebben gegeven in de verwachting dat het aantal in te stromen leerlingen fors zou toenemen. Dat laatste gebeurde niet. Het hof stelde vast dat een forse achteruitgang had plaatsgevonden van het aantal leerlingen en participanten, met als gevolg een daling van de brutomarge van € 3.206.000 over 2011 naar € 1.686.000 over 2014. Het hof was echter van oordeel dat de oorzaak van die tegenvallende resultaten niet zonder meer kon worden toegeschreven aan het sinds 2012 afgetreden bestuur. Achteraf kunnen altijd vragen worden gesteld bij dit soort investeringsbeslissingen, aldus het hof dat voorts overwoog dat het niet zijn taak is om een bestuursbeslissing over te doen, maar dat het gaat om de vraag of geen

32 HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).

33 Zie over het vertrouwen op adviezen: M. Mussche, *Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling*, diss. Rotterdam (IVOR nr. 83), Deventer: Kluwer 2011.

34 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4448 (*IWM*).

redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben.³⁵

3.2 Onwetendheid en collectieve verantwoordelijkheid

Dat iedere bestuurder van een rechtspersoon verantwoordelijkheid draagt voor de administratie en het financiële reilen en zeilen van de rechtspersoon is algemeen bekend. Dat is bij verenigingen en stichtingen in beginsel niet anders. Zo werd begin 2018 een penningmeester van een vereniging aansprakelijk geacht op grond van art. 2:9 BW wegens het ondeugdelijk voeren van de administratie en het uitkeren van gelden aan zichzelf.³⁶ Een voor de hand liggende uitspraak nu deze bestuurder zichzelf had verrijkt. Maar ook bestuurders die niet te kwader trouw zijn, zullen moeten opletten. Zo bleek uit de uitspraak van 28 augustus 2018 van het Hof Den Haag.³⁷ Het hof overwoog: *‘Binnen de vereniging zijn de financiële zaken een taakgebied van alle bestuurders, nu niet is gesteld of gebleken dat deze krachtens de wet of de statuten aan een of meer van de bestuurders waren toebedeeld. [appellante] is daarbij evenzeer verantwoordelijk voor de financiële gang van zaken als de andere twee bestuurders, ook als zij zich daar niet feitelijk mee heeft bemoeid.’* In deze zaak hadden medebestuurders van de aangesproken bestuurder substantiële bedragen weggesluisd buiten het vermogen van de vereniging zonder dat daar een redelijke zakelijke grondslag voor bestond. De aangesproken bestuurder zei daarvan niets te weten, maar het hof meende dat deze bestuurder het had behoren te weten. De zaak is een vervolg op de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 28 juni 2017, waar Van Thiel een heldere noot bij schreef.³⁸ Hij constateert – net als later het hof – dat de betrokken bestuurder maatregelen had moeten nemen om het onbehoorlijk bestuur af te wenden, ongeacht zijn of haar taak. Ook merkt hij op dat het feit dat een bestuur zich naar eigen zeggen nooit met bestuurlijke of secretariële zaken heeft beziggehouden, natuurlijk geen beroep op een taakverdeling rechtvaardigt. Bovendien zagen in dit geval de verwijten op het financieel beheer van de vereniging. Dat is, aldus Van Thiel, een taak behorende bij de algemene gang van zaken waarvoor alle bestuurders verantwoordelijk zijn,

35 Terwijl het een aansprakelijkheidsvordering op grond van art. 2:9 BW betrof en dus op basis van vaste rechtspraak de ‘ernstig verwijt’-maatstaf zou moeten worden toegepast, paste het hof hier (ook) de maatstaf toe uit HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, *NJ* 2001/454; *JOR* 2001/171 (*Panno*) die wordt toegepast bij art. 2:138/2:248 BW. Het is ons gebleken dat in de rechtspraak beide terminologieën veelvuldig door elkaar wordt gebruikt voor de verschillende aansprakelijkheidsgronden hetgeen onzes inziens bevestigt dat de gedragsnormen van art. 2:9 BW en art. 2:138/2:248 BW niet verschillen. Zie ook: Asser/Maeijer 2-III 2000/329, J.B. Huizink, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat?’, *O&F* 2009/17; p. 112; D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid*, diss. Rotterdam (IVOR nr. 73), Deventer: Kluwer 2010, p. 219 en Westenbroek 2017 (diss.), par. 3.7.4, p. 125-139.

36 Rb. Midden-Nederland 28 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1891 in vervolg op Rb. Midden-Nederland 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5186 (*X/Bondsvereniging*).

37 Hof Den Haag 28 augustus 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2063.

38 Rb. Rotterdam 28 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9351, *JOR* 2017/290, m.nt. S.C.M. van Thiel.

ongeacht een eventuele taakverdeling.³⁹ Van Thiel noemt in zijn noot nog andere uitspraken die betrekking hebben op de aansprakelijkheid van bestuurders van een vereniging, waar wij graag naar verwijzen.

In een andere zaak leek evenmin kwade trouw aanwezig, maar oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch niettemin dat bestuurders aansprakelijk waren.⁴⁰ In dit geval had de curator van een stichting hen aansprakelijk gesteld op grond van art. 2:9 BW omdat de bestuurders van de stichting, die beoogde een school op te richten, grote financiële verplichtingen waren aangegaan terwijl op het moment van aangaan daarvan bekend was dat de school in elk geval in het schooljaar 2013/2014 niet voor bekostiging door de overheid in aanmerking zou komen en dat de aangegane verplichtingen wel al in die periode tot grote uitgaven zouden leiden. Inkomsten uit andere bronnen waren bij het aangaan van deze verplichtingen zo onzeker dat het bestuur daarvan niet de reële verwachting had kunnen hebben dat deze in toereikende mate de aangegane financiële verplichtingen zouden dekken. Daarmee was voor het bestuur voorzienbaar, bij het aangaan van de financiële verplichtingen, dat de stichting deze niet zou kunnen nakomen. Het hof oordeelde dat van het bestuur in dit opzicht meer inzicht en een grotere zorgvuldigheid verwacht had mogen worden, te meer nu bekostiging door de overheid was mislukt juist vanwege het ontbreken van een leerlingenprognose en de daarmee gepaard gaande onzekerheid over voldoende instroom. Het hof nam daarbij in aanmerking dat de aard van de activiteiten van de stichting, te weten het verzorgen van primair onderwijs, zich niet verdraagt met het nemen van grote financiële risico's zoals het bestuur had gedaan. Een bestuurder deed nog een beroep op disculpatie door te stellen dat zijn kwaliteiten niet lagen op het financiële vlak en dat hij vertrouwd was op zijn medebestuurder tot wiens takenpakket het aanspraak maken op subsidies en het op de hoogte zijn van de relevante onderwijsrechtelijke wetgeving en ontwikkelingen behoorde. Dat beroep werd door het hof afgewezen waarbij het overwoog dat van deze bestuurder verwacht had mogen worden dat hij zich zelfstandig een oordeel vormde over de mate waarin de stichting over toereikende financiële middelen kon beschikken om de beoogde uitgaven te kunnen doen.

3.3 Aansprakelijkheid toezichthouders nu en straks ex art. 2:9 BW

Op grond van art. 2:149/2:259 BW geldt art. 2:9 BW ook voor commissarissen van besloten en naamloze vennootschappen. In maart 2018 oordeelde het Hof Amsterdam in dit verband bijvoorbeeld dat een commissaris jegens de vennootschap aansprakelijk was op grond van art. 2:9 BW.⁴¹ Het zeer omvangrijke feitenrelaas in deze zaak leent zich niet voor uitvoerige behandeling in deze kroniek. Wij beperken

³⁹ Zie uitvoerig over de verhouding tussen collectieve verantwoordelijkheid, taakverdeling en disculpatie: Westenbroek 2017 (diss.), par. 3.6.

⁴⁰ Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5184.

⁴¹ Hof Amsterdam 29 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1015.

ons tot de opmerking dat de aansprakelijkheid mede gebaseerd was op het ontvangen van steekpenningen van derden door de commissaris met als doel dat hij invloed zou uitoefenen op bepaalde transacties die de vennootschap met deze derden aanging.

Onder huidig recht geldt art. 2:9 BW niet voor commissarissen en toezichthouders van stichtingen en verenigingen.⁴² In de hiervoor al behandelde zaak rondom het ROC Leiden werd daarom een beroep gedaan op art. 6:162 BW voor de aansprakelijkheidsstelling van de toezichthouders naast de bestuurders.⁴³ De rechtbank achtte echter in die zaak geen gronden aanwezig om de toezichthouders aansprakelijk te houden.

Dat een beroep op art. 6:162 BW ook succesvol kan zijn, ondervond een toezichthouder van de Stichting Gehandicaptenzorg in de uitspraak van de Rechtbank Limburg van 12 november 2014. De toezichthouder werd onbehoorlijke taakvervulling verweten doordat hij tal van bestuurstaken had verricht in strijd met de voorgeschreven functiescheiding in de Wet toelating zorginstellingen, de statuten en de Zorgbrede Governancecode 2010.⁴⁴ Het Hof 's-Hertogenbosch overwoog dat het bepaalde in art. 2:9 BW weliswaar niet rechtstreeks toepasselijk is, maar dat bij de invulling van de vraag of sprake is van onrechtmatige daad van de toezichthouders van de stichting art. 2:9 BW wel doorwerkt.⁴⁵ Het handelen in strijd met de corporate governance bepalingen kan daarbij een belangrijke rol spelen.⁴⁶

Bij inwerkingtreding van het eerder in deze kroniek besproken wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 2*) zal een beroep op art. 6:162 BW overigens niet meer nodig zijn om commissarissen en toezichthouders van verenigingen en stichtingen intern aansprakelijk te stellen. Op grond van het huidige art. 2:53a BW en de in het wetsvoorstel opgenomen art. 2:47 lid 1 BW jo. art. 2:50a lid 3 sub b en art. 2:292a lid 1 BW jo. art. 2:300a lid 3 sub b BW zal het bepaalde in art. 2:9 BW namelijk ook gelden voor commissarissen en toezichthouders van de (coöperatieve) vereniging en stichting.

42 Zie ook Rb. Amsterdam 26 maart 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BC8599, *JOR* 2008/126 (*Hestia*).

43 Rb. Midden-Nederland 28 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:723. Van Uchelen-Schipper en M.F. Nolen gaan in hun commentaar in *JOR* 2018/147 respectievelijk *MvV* 2018/12 overigens in op diverse aspecten die betrekking hebben op een raad van toezicht van een stichting en op bestuurdersaansprakelijkheid bij semipublieke instellingen.

44 Rb. Limburg 12 november 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:9792, *JOR* 2015/322, m.nt. L.G.H.J. Houwen.

45 Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4496, *GJ* 2019/17, m.nt. A.C. Beijering-Beck.

46 R.T.L. Vaessen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid en corporate governance. Hebben bestuurders wat te vrezen als ze de Corporate Governance Code schenden?', *MvV* 2017/12, p. 321-327.

3.4 *Analoge toepassing art. 2:9 BW op feitelijk beleidsbepaler*

Uit art. 2:138/2:248 lid 7 BW volgt dat degene die als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt, zich zorgen moet maken in geval van faillissement van de vennootschap. De bepaling is op grond van de schakelbepaling van art. 2:50a en art. 2:300 BW ook van toepassing op bestuurders van commerciële verenigingen en stichtingen. Uit een uitspraak van de Rechtbank Limburg in het voorjaar van 2018 blijkt dat ook buiten faillissement de feitelijk beleidsbepaler niet zonder meer vrijuit gaat.⁴⁷ De onderliggende feiten die hebben geleid tot aansprakelijkheid laten wij buiten beschouwing. Relevant in deze zaak is dat de gedaagde werd aangesproken op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW, maar niet formeel tot bestuurder was benoemd. De rechtbank oordeelde dat de grondslag van art. 2:9 BW ten onrechte was aangevoerd omdat gedaagde niet kwalificeerde als statutair bestuurder en dat de beoordeling van de aansprakelijkheid van gedaagde zou worden beoordeeld aan de hand van art. 6:162 BW. De rechtbank overwoog vervolgens dat bij de beoordeling van die aansprakelijkheid inhoudelijk wel aansluiting diende te worden gezocht bij de bepalingen van het vennootschapsrecht, zoals art. 2:8 BW en 2:9 BW, welke bepalingen direct dan wel analoog werden toegepast. Als reden daarvoor noemde de rechtbank dat weliswaar in formele zin veel handelingen niet hadden plaatsgevonden door een statutair bestuurder, maar partijen de betrokken handelingen wel hadden bedoeld als handelingen van een zodanig bestuurder. Frielink constateert in zijn noot bij deze uitspraak dat algemeen wordt aangenomen dat het begrip feitelijk bestuurder geen rol speelt bij de interne aansprakelijkheid van art. 2:9 BW.⁴⁸ Hij ziet in deze uitspraak steun voor zijn opvatting dat ook een quasibestuurder tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een behoorlijke vervulling van 'zijn taak', en dat de vraag naar zijn aansprakelijkheid moet worden beoordeeld als ware hij een formeel bestuurder.⁴⁹

3.5 *Kosten in verband met procederen door aandeelhouder-bestuurder*

Waar aandeelhouders die tevens bestuurders zijn met elkaar in de clinch liggen, speelt vaak de discussie over wie de vennootschap kan vertegenwoordigen en of kosten voor rekening van de vennootschap kunnen komen. Een opvallende zaak in dit verband was die van 29 november 2017 van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant (sector kanton).⁵⁰ In deze zaak was een geschil ontstaan tussen de

47 Rb. Limburg 30 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4923, *JOR* 2018/208, m.nt. K. Frielink.

48 J.N. Schutte-Veenstra, 'Formeel of feitelijk bestuurder; maakt het verschil?', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 129.

49 *Vgl. K. Frielink*, 'De quasibestuurder naar Nederlands en Nederlands Caribisch rechtspersonenrecht', *Ondernemingsrecht* 2018/85.

50 Rb. Zeeland-West-Brabant 29 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7861. De uitspraak is eind 2017 gewezen maar leek ons voor de praktijk vermeldenswaardig. Omdat deze niet was behandeld in de vorige kroniek, behandelen wij deze uitspraak toch kort.

aandeelhouders van een vennootschap over de vraag of de vennootschap al dan niet geliquideerd moest worden. De minderheidsaandeelhouders hielden 10% van de aandelen maar waren tevens statutair bestuurder. In die hoedanigheid hadden zij de advocaatkosten die zij hadden gemaakt in hun geschil met de meerderheidsaandeelhouder ten laste gebracht van de vennootschap, welke kosten de vennootschap nadien terugvorderde op grond van art. 2:9 BW. Interessant is de overweging van de kantonrechter dat het aandeelhoudersbelang voor een aanzienlijk deel *kan* samenvallen met het vennootschapsbelang indien een onderneming die door de besloten vennootschap wordt gevoerd, feitelijk wordt gevoerd door de directeur, tevens (enig en groot)aandeelhouder. De kantonrechter vond voor deze opvatting steun in de memorie van toelichting bij de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv recht.⁵¹ De rechter overwoog echter dat deze situatie in onderhavige zaak juist niet speelde en dat het belang van de minderheidsaandeelhouders niet was te vereenzelvigen met dat van de vennootschap. Desondanks werd niet tot aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW geconcludeerd. De kantonrechter was namelijk van oordeel dat het ten laste brengen van kosten aan de vennootschap in verband met een procedure die het oogmerk heeft om te voorkomen dat de vennootschap wordt geliquideerd, niet zonder meer als onbehoorlijk bestuur kan worden aangemerkt.

3.6 *Verjaring rechtsvordering art. 2:9 BW en de verlengingsgrond van art. 3:321 BW*

Een zittend bestuurder zal niet genegen zijn tegen zichzelf een vordering op grond van art. 2:9 BW in te stellen namens de rechtspersoon waarvan hij bestuurder is. Om die reden bepalen art. 3:320 en art. 3:321 lid 1 sub d BW kort gezegd dat de verjaringstermijn van rechtsvorderingen die voor het aftreden van de bestuurder hebben plaatsgevonden, tussen rechtspersonen en haar bestuurders met een termijn van zes maanden wordt verlengd vanaf het moment waarop de bestuurder is afgetreden. In augustus 2018 ging dat mis in een zaak die speelde bij het Hof Arnhem-Leeuwarden.⁵² Het hof oordeelde dat nu het bestuur op 1 april 2015 was afgetreden, de verjaring van vorderingen (die kennelijk haar grondslag vonden in feiten die al vijf jaar eerder hadden plaatsgevonden) dus op 1 oktober 2015 was voltooid. De op 17 november 2015 verzonden stuitingsbrieven konden derhalve nog slechts de verjaring stuiten van vorderingen die op of na 17 november 2010 waren ontstaan.

⁵¹ *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 3.

⁵² Hof Arnhem-Leeuwarden 18 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7354.

4 Externe aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW

4.1 Inleiding

In de meeste aansprakelijkstellingen van een bestuurder op grond van art. 6:162 BW worden de feiten nog altijd in de mal gegoten van het standaardarrest *Ontvanger/Roelofsen*.⁵³ Het arrest is in feite een overzichtsarrest, waarin de rechtsregels uit de eerdere arresten *Beklamel*⁵⁴ en *New Holland Belgium*⁵⁵ worden herhaald en neergezet als twee pijlers van externe aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW. Deze pijlers betreffen de zogenoemde *Beklamel*-norm en verhaalsfrustratie, oftewel het criterium ‘bepaald of toegelaten’, waaronder ook vorderingen op grond van selectieve betaling vallen. Dit artikel is sinds jaar en dag de meest gebruikte grondslag voor externe aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Ruim de helft van de in 2018 op rechtspraak.nl gepubliceerde jurisprudentie over aansprakelijkheid van functionarissen van een rechtspersoon gaat over art. 6:162 BW. Een verklaring voor de populariteit van de onrechtmatige daad als grondslag voor externe bestuurdersaansprakelijkheid ligt voor de hand: één insolvable of gefailleerde vennootschap laat vaak vele crediteuren met lege handen achter. Voor hen is een vordering op grond van art. 6:162 BW tegen de (voormalige) functionarissen meestal de enige wijze van schadeverhaal.⁵⁶

Het is verder opvallend dat 6:162-vorderingen tegen functionarissen relatief vaak worden afgewezen. Van Bekkum en Stoppels constateerden dat in de kroniek van vorig jaar ook al.⁵⁷ Een belangrijke oorzaak lijkt te zijn gelegen in het feit dat crediteuren die menen een contractuele vordering te hebben op een vennootschap regelmatig de bestuurders alvast mee dagvaarden, ook als de wanprestatie van de vennootschap nog niet vaststaat. Als de wanprestatie van de vennootschap niet vast komt te staan, dan komt de rechter aan de vordering jegens de bestuurder(s) überhaupt niet toe.

4.2 Aansprakelijkheid trustkantoor: het *TMF*-arrest

Op 30 maart 2018 wees de Hoge Raad het *TMF*-arrest.⁵⁸ Daarin stonden in feite twee vragen centraal: (i) heeft iedere bestuurder een eigen verantwoordelijkheid ten opzichte van derden voor de naleving van wet- en regelgeving door de vennootschap en (ii) kan deze bestuurder door derden worden aangesproken vanwege het houden van onvoldoende toezicht op zijn medebestuurders?

53 HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

54 HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*).

55 HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4873, NJ 2000/295, m.nt. J.M.M. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*).

56 Zie ook Van Bekkum & Stoppels, 2018, p. 7.

57 Van Bekkum & Stoppels, 2018, p. 7.

58 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, NJ 2018/330, m.nt. P. van Schilfgaarde (*X c.s./TMF*).

Het arrest is het vervolg op een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 6 september 2016.⁵⁹ Die uitspraak kwam tot stand na een terugverwijzing door de Hoge Raad, die zich al eerder over deze zaak had gebogen op 17 december 2010.⁶⁰ Voor een heldere samenvatting van de feiten van de zaak verwijzen wij naar de noot van Hijink in *JOR* 2011/53. Kort gezegd ging de zaak over een zeventigtal particuliere beleggers die via vijf vennootschappen naar het recht van de Britse Maagdeneilanden (hierna: de BVI) en een Nederlandse vennootschap hadden geïnvesteerd in een door de heer Pot opgezet project om in de Dominicaanse Republiek een resort te realiseren. De geïnvesteerde gelden werden echter niet goed besteed en het project is niet doorgegaan. Deels hebben de particuliere beleggers hun schade verhaald op Pot, die als (in)direct aandeelhouder en bestuurder de zeggenschap had over de genoemde vennootschappen. TMF Management (BVI) Ltd. (hierna: TMF Management) was medebestuurder van de BVI-vennootschappen. In de zaak die voorlag bij het hof en nadien bij de Hoge Raad was de vraag aan de orde of TMF Management aansprakelijk was jegens de particuliere beleggers op grond van art. 6:162 BW. De benadeelden legden aan hun stellingen onder meer ten grondslag dat TMF Management in haar hoedanigheid van bestuurder niet had voorkomen dat de vennootschappen waarvan zij bestuurder was, hebben gehandeld in strijd met de Wet toezicht effectenverkeer 1995.

De Rechtbank en het Hof Amsterdam hadden de vorderingen afgewezen en ook bij de Hoge Raad vingen de benadeelden bot. Ter beantwoording van de vraag of TMF als bestuurder aansprakelijk kon worden gehouden, stelde de Hoge Raad in rechts-overweging 3.3.2 vast dat het hof terecht de maatstaf van het in 2006 gewezen standaardarrest *Ontvanger/Roelofsen* tot uitgangspunt had genomen. Deze maatstaf is nadien bevestigd in de arresten *Tulip Air*⁶¹ en *RCI Kastrop*⁶² en komt kort gezegd erop neer dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt. Deze maatstaf geldt onverkort als een trustmaatschappij als bestuurder optreedt, aldus de Hoge Raad onder verwijzing naar eerdere rechtspraak.⁶³ De Hoge Raad ging niet mee in de stelling van de benadeelden dat het hof had miskend dat de collegiale verantwoordelijkheid van bestuurders (zoals bedoeld in art. 2:9 BW) de eis van een persoonlijk ernstig verwijt (ook) in het kader van art. 6:162 BW mede vormgeeft. Eisers hadden in dat verband gesteld dat, ook in het kader van art. 6:162 BW, in beginsel alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan

59 Hof 's-Hertogenbosch 6 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4036, *JOR* 2017/97, K. Frielink.

60 HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1979, *JOR* 2011/53, m.nt. J.B.S. Hijink; *Ondernemingsrecht* 2011/41, m.nt. M. Verburgh (*X c.s./TMF*).

61 HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, *NJ* 2015/21, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Tulip Air*).

62 HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, *NJ* 2015/22, m.nt. P. van Schilfgaarde (*RCI Kastrop*).

63 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *NJ* 2018/330, m.nt. P. van Schilfgaarde (*X c.s./TMF*), r.o. 3.3.2, onder verwijzing naar HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8686, *NJ* 2011/477, m.nt. J.W. Zwemmer (*Intertrust/Ontvanger*).

een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld, tot de taak van iedere bestuurder behoren, en dat iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. De Hoge Raad lichtte de afwijzing van deze opvatting toe door te verwijzen naar voornoemde uitspraken in *Ontvanger/Roelofsen*, *Tulip Air* en *RCI Kastrop*.⁶⁴ De Hoge Raad overwoog verder dat als een vennootschap wettelijke voorschriften ter bescherming van het belegend publiek schendt, voor de aansprakelijkheid van haar bestuurder jegens derden vereist is dat deze bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt treft. Over de vraag of een bestuurder op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk kan worden gehouden voor het houden van onvoldoende toezicht op de uitoefening van een taak door een medebestuurder overwoog de Hoge Raad dat onvoldoende toezicht onder omstandigheden persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder *kan* meebrengen.⁶⁵ Welke omstandigheden dat zouden kunnen zijn, lichtte de Hoge Raad niet toe, maar in de onderhavige zaak werden ze kennelijk niet aanwezig geacht.

Het arrest heeft tot wisselende reacties geleid in de literatuur. Zowel Assink als Lennarts lijken begrip te hebben voor de uitspraak.⁶⁶ Zo acht Assink het arrest ‘*mild voor de bestuurder*’, maar verdedigbaar. De kritische reacties voeren echter de boventoon.⁶⁷ Van Schilfgaarde merkt in zijn noot op het verdedigbaar te achten dat collectieve verantwoordelijkheid ook bij de toepassing van art. 6:162 BW een rol speelt en dat hij daaraan uit het oogpunt van rechtseenheid ook de voorkeur geeft.⁶⁸ Wolf merkt in zijn noot op dat de betrokken regelgeving die de vennootschappen hadden geschonden voor de aard van de onderneming essentiële wetgeving betrof, terwijl TMF Management geen specifieke taak was toebedeeld. Iedere bestuurder moet volgens Wolf ervoor zorgen dat de vennootschap en de door haar gedreven onderneming conform de wettelijke bepalingen handelt in de jurisdicties waarin zij opereert.⁶⁹ Van Wechem en Rinkes zijn bijzonder kritisch. Zij merken op dat Assink

64 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *NJ* 2018/330, m.nt. P. van Schilfgaarde (*X c.s./TMF*), r.o. 3.3.1-3.3.4.

65 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *NJ* 2018/330, m.nt. P. van Schilfgaarde (*X c.s./TMF*), r.o. 3.5.2.

66 M.L. Lennarts, annotatie bij HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *Ondernemingsrecht* 2018/81; en B.F. Assink, ‘Externe bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW en de eis van een persoonlijk ernstig verwijt’, *AA* 2018, p. 502-512. Zo ook B.I. Kraaijpoel, annotatie bij HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *JOR* 2018/234, waarin Kraaijpoel die over de verwerping van de klacht betreffende het houden van onvoldoende toezicht door TMF op medebestuurder Pot wel stelt dat er aarzelingen mogelijk zijn doch deze cassatietechnisch te begrijpen acht omdat het voornamelijk een feitelijk oordeel van het hof betreft dat door de Hoge Raad maar beperkt wordt getoetst.

67 In de aanloop naar het arrest van de Hoge Raad plaatsen Van der Velden, Hijink en Frielink al (kritische) kanttekeningen bij eerder uitspraken van Hof en Hoge Raad in deze zaak. Zie J.W.P.M. van der Velden, annotatie bij Hof Amsterdam 4 november 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG2719, *JOR* 2009/14; J.B.S. Hijink, annotatie bij HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1979, *JOR* 2011/53; en K. Frielink, annotatie bij Hof ’s-Hertogenbosch 6 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4036, *JOR* 2017/97.

68 P. van Schilfgaarde, annotatie bij HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *NJ* 2018/330.

69 R.A. Wolf, annotatie bij HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *JIN* 2018/95.

in zijn commentaar het oordeel van de Hoge Raad verklaarbaar acht vanuit de gedachte dat art. 6:162 lid 3 BW in het kader van het persoonlijk ernstig verwijt meer van schuldaansprakelijkheid uitgaat dan van een aansprakelijkheid gebaseerd op toerekening. Van Wechem en Rinkes stellen: ‘*Wij oordelen minder mild. Wij hebben reeds in een eerdere kroniek onze verbazing uitgesproken over een eerder Hoge Raad-arrest over dit onderwerp, en merken op dat wij het raar vinden dat wie het spel speelt en toepasselijke regels overtreedt, zich dan achter onwetendheid kan verschuilen. Binnen een objectief wettelijke definitie van bestuurder en de daarbij behorende bestuurderstaken, achten wij het een uitholling van het wettelijk objectief te duiden begrip van de bestuurder als deze, wegens subjectieve gronden, zich voor aansprakelijkheid kan disculperen. (...) Wij zien de wervingsteksten voor bestuurders al voor ons: ‘gezocht bestuurder: bij voorkeur met een zo laag mogelijk IQ.’ TMF komt met de schrik vrij, voor ons een verrassende uitkomst.*’⁷⁰ Westenbroek stelt tot slot dat de Hoge Raad niet duidelijk maakt onder welke omstandigheden het houden van onvoldoende toezicht tot persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder leidt. Hij meent dat de Hoge Raad in dit verband ten onrechte de stelplicht op eisers legt door uitdrukkelijk te overwegen dat eisers geen feiten en omstandigheden hadden gesteld waaruit blijkt dat TMF Management redelijkerwijs had behoren te weten dat de vennootschappen in strijd met de Nederlandse regelgeving hadden gehandeld. Hoe hadden eisers aan die stelplicht moeten voldoen anders dan, zoals zij gedaan hebben, simpelweg te stellen dat de vennootschappen de wet niet hadden nageleefd? Is het niet aan de bestuurder om naar voren te brengen waarom hij daarvan niet op de hoogte was, zo vraagt Westenbroek zich af.⁷¹

4.3 Beklamel-norm

De eerste pijler van *Ontvanger/Roelofsen* betreft de *Beklamel*-norm: Een bestuurder die namens de rechtspersoon met een derde een verplichting aangaat terwijl hij weet of behoort te begrijpen dat de rechtspersoon die verplichting niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden, riskeert aansprakelijkheid jegens die derde. Een opvallend verweer in een *Beklamel*-zaak werd gevoerd voor het Hof Amsterdam.⁷² De aangesproken partij in die zaak was de bestuurder van een stichting die een festival had georganiseerd in het kader van het 200-jarig bestaan van de stadsrechten van Zaandam. De opbrengst van de kaartverkoop en de horeca-omzet vielen tegen, waardoor verschillende crediteuren onbetaald waren gebleven. Een benadeelde crediteur in deze zaak had voor het festival geluid, licht, projectie en zogenaamde ‘rigging’ verzorgd. Ongeveer driekwart van zijn factuur was vooruitbetaald door de stichting. Het restant van zo’n € 20.000 was onbetaald gebleven en

⁷⁰ E. van Wechem en J. Rinkes, *Kroniek van het vermogensrecht*, *NJB* 2018, afl. 35, p. 2587-2597.

⁷¹ W.A. Westenbroek, ‘Het trustkantoor als bestuurder en ‘omgaan’ in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht’, *O&F* 2018, afl. 3, p. 14-32.

⁷² Hof Amsterdam 27 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:699, *JOR* 2018/174, m.nt. Ph.W. Schreurs.

werd in deze procedure op de bestuurder verhaald. Omdat het voor de bestuurder op het moment van contracteren al lang duidelijk was althans had moeten zijn dat de kaartverkoop van het festival ver achterbleef bij de verwachtingen, oordeelde het hof dat de bestuurder redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de stichting haar verplichtingen uit de overeenkomst niet zou kunnen nakomen en daarvoor geen verhaal zou bieden. Dat voorzienbaar was dat de stichting geen verhaal zou bieden, was mede ingegeven door het feit dat de stichting slechts was opgericht met het oog op dit eenmalige evenement, aldus het hof. De bestuurder meende dat hem desondanks geen ernstig verwijt kon worden gemaakt. Hij onderbouwde dat door te stellen dat het festival zou zijn afgeblazen als de stichting niet met de crediteur had gecontracteerd. In dat geval zou de totale schade veel groter zijn geweest. Dat verweer werd op begrijpelijke gronden verworpen. Het hof overwoog dat het feit dat de totale schade mogelijk groter zou zijn geweest niet meebrengt dat de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt jegens de crediteur kan worden gemaakt. De crediteur had immers niets van doen met de problemen van de stichting tot het moment waarop de bestuurder namens de stichting de offerte van de crediteur aanvaardde. Ook als wordt aangenomen dat de bestuurder geen (persoonlijk) ernstig verwijt kan worden gemaakt jegens de stichting of jegens andere contractspartijen van de stichting, dan brengt dit niet zonder meer mee dat hem geen persoonlijk ernstig verwijt jegens deze crediteur treft, aldus het hof.

De aangesproken bestuurder in een zaak voor het Hof Arnhem-Leeuwarden had meer succes met zijn verweer.⁷³ Deze zaak ging over twee projectvennootschappen die wilden investeren in een zorgconcept en daartoe onroerend goed verwierven. De projectvennootschappen zouden gedurende de ontwikkeling van het project verschillende premies betalen aan de verkoper van het onroerend goed. De aankoopssom zou door de projectvennootschappen worden geleend van een financier. Financiering bleef echter uit, waardoor de projectvennootschappen niet aan hun financiële verplichtingen jegens de verkopers konden voldoen. De verkopers vorderden daarop schadevergoeding van een bestuurder van de projectvennootschappen op grond van onrechtmatige daad. Zij beriepen zich op schending van de *Beklamel*-norm: bij het aangaan van de overeenkomsten zou de bestuurder hebben geweten of redelijkerwijs hebben behoren te begrijpen dat de vennootschappen die contractuele verplichtingen aangingen deze niet zouden kunnen nakomen en geen verhaal zouden bieden. De bestuurder kon dat volgens de verkoper weten onder meer omdat: (i) de financier ‘*een vage Turkse partij was*’ die door de Turkse overheid werd gesteund; (ii) de financiering deel uitmaakte van een grotere financiering van irreële omvang; (iii) er geen schriftelijke financieringsovereenkomst met de financier bestond en (iv) de bestuurders van de projectvennootschappen vóór het aangaan van de overeenkomsten al op de hoogte waren van betalingsproblemen bij de financier. De bestuurder verweerde zich met de stelling

73 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10525, *JOR* 2019/33, m.nt. M. Mussche.

dat de claimanten net zoveel informatie hadden over de beoogde financiering als zij zelf. De rechtbank had op grond van dat verweer geoordeeld dat de schade voor 40% was veroorzaakt door omstandigheden die aan eisers zelf konden worden toegerekend op grond van art. 6:101 BW. Het hof ging verder en plaatste het verweer van de bestuurder niet in de sleutel van de causaliteit, maar van de onrechtmatigheid. Langs die weg kwam het hof tot het oordeel dat de bestuurder niet aansprakelijk is. Daartoe overwoog het hof dat de kennis die appellanten hadden over de financier niet los kan worden gezien van het door hen aan de bestuurder gemaakte *Beklamel*-verwijt. Ter onderbouwing verfijnde het hof de *Beklamel*-norm als volgt: ‘Indien de bestuurder beschikt over zodanige informatie dat hij weet of behoort te begrijpen dat de vennootschap haar verplichtingen niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden voor de daaruit voortvloeiende schade, handelt hij onrechtmatig door zonder die informatie te delen namens de vennootschap de overeenkomst aan te gaan. Daardoor wordt immers ten onrechte de schijn van kredietwaardigheid van die vennootschap gewekt.’ Zonder kennisverschil geen onrechtmatigheid, zo kan het oordeel van het hof heel kort worden samengevat. Een partij die de financiële situatie van een vennootschap kent, kan een eigen risico-inschatting maken en besluiten niet met die vennootschap in zee te gaan. De door het hof gehanteerde toevoeging ‘zonder die informatie te delen’ lijkt ons een waardevolle.⁷⁴

In een andere zaak bij het Hof Arnhem-Leeuwarden, waarbij overigens twee van de drie raadsheren uit de hiervoor genoemde zaak ook betrokken waren,⁷⁵ speelde de kennis van de derde eveneens een rol. In deze zaak was een bestuurder aansprakelijk gesteld voor achterstallige huur van de door hem bestuurde vennootschap. De bestuurder verweerde zich door te stellen dat hij, kort gezegd, de verhuurder had geïnformeerd over het feit dat hun huurder insolvent was en dat de verhuurder daarmee impliciet had ingestemd. Het hof heeft vervolgens – zo menen wij te kunnen afleiden uit het arrest – de bewijsopdracht aan de verhuurder gegeven om de stellingen van de bestuurder te ontkrachten. De verhuurder betoogde daarop dat het hof was uitgegaan van een verkeerde bewijslastverdeling, omdat het verweer van de bestuurder een bevrijdend karakter zou hebben, waarvan de bestuurder de bewijslast draagt. Het hof ging niet mee in dat betoog, maar oordeelde dat de bestuurder met zijn verweer de grondslag bestreed waarop de verhuurder de gestelde bestuurdersaansprakelijkheid had gebaseerd, die volgens het hof ‘*in de kern*’ luidde: ‘*dat*

74 M. Mussche, ‘Het informeren van crediteuren als verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid’, *MvO* 2015/1, p. 35-39; Westenbroek 2017 (diss.), par. 10.11, p. 448 sprak in dit verband over een ‘kennisvoorsprong’ van de bestuurder en stelde dat in feite sprake moet zijn van een vorm van gevaarzetting. Zie daarover ook eerder: B.E.L.J.C. Verbunt en R.F. van den Heuvel, ‘De rol van toerekening van wetenschap bij aansprakelijkheid voor zuiver nalaten in het rechtspersonenrecht’, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007*, Deventer: Kluwer 2007, p. 211-230. Zie voorts Hof ’s-Hertogenbosch 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2765, *JOR* 2015/2, m.nt. W.A. Westenbroek.

75 Hof Arnhem-Leeuwarden 5 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5125.

[de bestuurder] [de verhuurder] onwetend heeft gelaten van het feit dat hun huurder (...) insolvabel was'. In feite kwam het oordeel van het hof erop neer dat de verhuurder moest bewijzen dat hij in onwetendheid was gelaten. Wij kunnen het oordeel van het hof dogmatisch alleen maar verklaren als dat het hof het verweer van de bestuurder niet als een bevrijdend verweer heeft beschouwd, maar als een gemotiveerde betwisting van stellingen van de eiser. Het hof oordeelde dat de verhuurder niet geslaagd was in het leveren van het aan hem opgedragen bewijs en heeft diens vorderingen afgewezen. Wij vragen ons af hoe dit oordeel zich verhoudt tot het feitelijk gegeven dat de afwezigheid van kennis of mededelingen (een negatief feit) lastig te bewijzen is.⁷⁶

Het kan ook anders gaan bij hetzelfde rechtscollege, zo bleek uit wederom een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden.⁷⁷ De aangesproken bestuurder deed een beroep op eigen schuld van de vennootschapscrediteur. In de kern kwam zijn betoog erop neer dat de crediteur, die een overbruggingskrediet aan de vennootschap had verstrekt, wist of behoorde te begrijpen dat zij daarmee risico liep. Desondanks had zij geen zekerheden of garanties bedongen, waardoor sprake was van eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW, zo betoogde de aangesproken bestuurder. Het hof ging daar niet in mee en oordeelde dat de bestuurder onvoldoende had gesteld om te kunnen aannemen dat de vennootschapscrediteur over voldoende signalen beschikte om bevreesd te moeten zijn over de terugbetaling van de geldlening. Door de bestuurder was niet voldoende onderbouwd gesteld welke aan de vennootschapscrediteur verstrekte informatie die vrees zou hebben moeten aanwakkeren, aldus het hof.

Tot slot moet nog gewezen worden op een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch in een zaak die draaide om een hypotheekrecht.⁷⁸ Contractueel was overeengekomen dat de geldverstrekker een tweede recht van hypotheek zou krijgen. Er bleek echter al een tweede recht van hypotheek ten behoeve van de meefinancierende bank te zijn gevestigd. Toen de geldlener failliede, vorderde de geldverstrekker schadevergoeding van de bestuurder van de geldlener, omdat hij zou hebben geweten dat de geldlener hem geen tweede recht van hypotheek kon geven. Het hof wees die vordering af, omdat de geldverstrekker zelf ook wist dat het recht van tweede hypotheek reeds ten behoeve van de bank was gevestigd. Omdat de geldverstrekker wist dat de geldlener niet in staat was haar verplichtingen onder de overeenkomst na

76 De parlementaire geschiedenis van art. 150 Rv zegt in dit verband: *'het zou b.v. niet redelijk zijn de eiser behalve met het bewijs van de grondslag zijner vordering tevens te belasten met het bewijs van de onwaarheid van hetgeen de gedaagde daartegen heeft ingebracht, noch de gedaagde, die de vordering van de eiser betwist, de onjuistheid van het door deze gestelde te laten aantonen'* (Kamerstukken II 1969/70, 10377, 3, p. 11).

77 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4617. Wederom had raadsheer L. Janse zitting.

78 Hof 's-Hertogenbosch 10 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2893.

te komen oordeelde het hof dat geen sprake was van wanprestatie en dus ook niet van bestuurdersaansprakelijkheid.

4.4 Verhaalsfrustratie

De tweede pijler van *Ontvanger/Roelofsen* betreft ‘verhaalsfrustratie’: het bewerkstelligen of toelaten dat de rechtspersoon haar verplichtingen jegens derden niet nakomt.

Het Hof Amsterdam wees een uitspraak die betrekking had op de externe aansprakelijkheid van een bestuurder in verband met het beweerdelijk onvoldoende toezicht houden op een medebestuurder van een stichting. De bestuurder zou aldus hebben toegelaten dat de rechtspersoon haar verplichtingen jegens deze derden niet nakwam. Het ging om twee advocaten die beide bestuurders waren van een stichting derdengelden. Advocaat A had zonder medeweten van advocaat X misbruik gemaakt van de stichting door derdengelden die hij van zijn cliënt had ontvangen te gebruiken voor een ander doel dan waarvoor deze bestemd waren. De benadeelde partij stelde X aansprakelijk, maar het hof wees de vordering af nu de door X gestelde omstandigheden duidelijk maakten dat X niet wist of hoefde te weten van het handelen van A en evenmin kon ingrijpen.⁷⁹

Een bijzondere vorm van verhaalsfrustratie is selectieve betaling in pre-faillissementssituaties. Het enkel betalen van bepaalde schuldeisers en anderen niet levert echter nog geen onrechtmatige selectieve betaling op. Het Hof Amsterdam overwoog in dit verband in 2018 nog dat het enkele feit dat een debiteur een door hem aangegane financiële verplichting nakomt terwijl de handelende bestuurder weet dat het faillissement van de vennootschap aanstaande is nog geen onrechtmatige daad oplevert.⁸⁰ Er zijn bijkomende omstandigheden nodig om tot aansprakelijkheid te komen. Het hof kwam in deze zaak tot de conclusie dat daarvan onvoldoende was gebleken, waarbij het hof wees op het feit dat de gefailleerde vennootschap na de faillissementsaanvraag was voortgegaan met het voldoen van opeisbare vorderingen. Die laatste omstandigheid kan van doorslaggevend belang zijn voor de uitkomst van een zaak. Dat blijkt als bovenstaand arrest wordt vergeleken met een uitspraak van de Rechtbank Gelderland.⁸¹ In die uitspraak werd bestuurdersaansprakelijkheid aangenomen wegens selectieve betaling voorafgaand aan de liquidatie van een vennootschap. De rechtbank oordeelde dat de bestuurders geen rechtvaardiging hadden voor het feit dat de eisende crediteur niet werd betaald, mede omdat andere schuldeisers wél waren betaald of zouden worden betaald. De

79 Hof Amsterdam 18 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4798, met instemmende noot van W.A. Westenbroek in *JOR* 2019/55.

80 Hof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476, *JOR* 2018/221, m.nt. Ph.W. Schreurs.

81 Rb. Gelderland 27 juni 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3055.

rechtbank woog daarbij overigens ook mee dat de bestuurders een persoonlijk belang hadden bij de betaling van bepaalde crediteuren, omdat zij zich hoofdelijk voor de betaling van de schulden aan de banken hadden verbonden.

4.5 Grensvlak Beklamel-norm en verhaalsfrustratie

Regelmatig wordt op grond van hetzelfde feitencomplex een beroep gedaan op beide pijlers uit *Ontvanger/Roelofsen* of op een meer algemene zorgvuldigheidsverplichting. Dat wekt geen verbazing, omdat de twee pijlers niet altijd strikt van elkaar te scheiden zijn en de casuïstiek van bestuurdersaansprakelijkheidszaken niet altijd in de mal van *Ontvanger/Roelofsen* past. In de inleiding van dit hoofdstuk merkten wij verder op dat vennootschapscrediteuren een vordering wegens wanprestatie jegens de vennootschap vaak combineren met vordering wegens onrechtmatige daad jegens bestuurders, ook als de wanprestatie van de vennootschap nog niet vaststaat. Het levert een divers palet aan rechtspraak op.

Het Hof Den Haag oordeelde bijvoorbeeld dat de bestuurders van een dermatologische kliniek aansprakelijk waren voor schade die zorgverzekeraars hadden geleden als gevolg van fraude die erin bestond dat op grote schaal behandelingen waren gedeclareerd die de kliniek niet had verricht.⁸² Dat de bestuurders niet persoonlijk betrokken waren bij de fraude deed niet ter zake omdat, aldus het hof, van de bestuurders van een zorginstelling mag worden verwacht dat zij zodanig zicht hebben op de bedrijfsvoering, de administratie en de declaraties dat grootschalige fraude niet tot de mogelijkheden behoort. Overigens lijkt dit ten aanzien van één van de bestuurders een overweging ten overvloede, omdat het hof oordeelde dat van hem, gelet op zijn belangrijke rol in de organisatie, mag worden aangenomen dat hij heeft geweten van de grootschalige (opzettelijke) fraude en daarbij betrokken is geweest. Het hof overwoog daarbij uitdrukkelijk dat de arresten *Ontvanger/Roelofsen* en *Beklamel* niet van toepassing waren op deze zaak, omdat de zorgverzekeraars niet hadden gesteld dat de dermatologische kliniek geen verhaal bood voor de schade: *‘In die arresten ging het (...) om benadeling van een schuldeiser door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering, terwijl [de zorgverzekeraars] in de onderhavige procedure niet mede aan haar vorderingen tegen [de bestuurders] ten grondslag heeft gesteld dat haar vordering op [de vennootschap] onbetaald en onverhaalbaar (zullen) blijven. Dat brengt mee dat de in de bedoelde arresten geformuleerde criteria voor aansprakelijkheid van bestuurders hier niet zonder meer kunnen worden toegepast.’*

Een mooi voorbeeld van de dunne, soms zelfs vloeiende scheidslijn tussen de twee pijlers uit *Ontvanger/Roelofsen* is een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden, waarin toezeggingen tijdens de uitvoering van een bestaande overeenkomst tot

82 Hof Den Haag 31 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1802, GJ 2018/129.

Beklamel-aansprakelijkheid leidden.⁸³ In deze zaak speelde de vraag of de bestuurder van een failliete opdrachtgever aansprakelijk was voor onbetaald gebleven declaraties van een advocatenkantoor. Het advocatenkantoor ging voor twee ankers liggen: de bestuurder zou zich hebben verbonden als medeschuldenaar en de bestuurder zou onrechtmatig hebben gehandeld. Onder verwijzing naar de *Kribbebijter*-maatstaf⁸⁴ oordeelde het hof dat uit het sms-verkeer tussen de bestuurder van de opdrachtgever en een advocaat van het advocatenkantoor niet kon worden afgeleid dat de bestuurder zou hebben toegezegd de declaraties uit zijn eigen vermogen te betalen. Hij had zich dus niet verbonden als medeschuldenaar. De vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid was wel succesvol. Het hof overwoog daartoe dat de bestuurder een expliciete betalingstoezegging had gedaan om de declaraties van de advocaat te betalen, zonder welke toezegging het advocatenkantoor de opdracht in kwestie niet (verder) zou hebben uitgevoerd. Ten tijde van het doen van die toezeggingen wist de bestuurder, althans behoorde hij redelijkerwijze te begrijpen, dat de opdrachtgever niet zelfstandig aan haar betalingsverplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, aldus het hof.

Een ander voorbeeld van een zaak waarin de eiser op twee paarden wedde, speelde afgelopen jaar voor de Hoge Raad. Het betrof een geschil tussen jointventurepartners na beëindiging van hun samenwerking. Eén bestuurder van de jointventurepartners werd op grond van dezelfde feiten aangesproken uit hoofde van zowel verhaalsfrustratie als schending van de *Beklamel*-norm.⁸⁵ Het Hof Arnhem-Leeuwarden wees de vordering op beide gronden af: eiser zou onvoldoende feiten en omstandigheden hebben gesteld met betrekking tot de verhaalsfrustratie en zou de *Beklamel*-norm onvoldoende concreet hebben onderbouwd. De Hoge Raad casseerde het arrest: het hof had met betrekking tot de verhaalsfrustratie nagelaten alle aangevoerde omstandigheden (kenbaar) bij haar oordeel te betrekken.

In een arrest van het Hof Den Haag stond de verkoop van een showmodel centraal (van, als wij het goed begrijpen, een lamineermachine).⁸⁶ De vennootschap die het showmodel geleverd had gekregen, had deze zonder overleg met de oorspronkelijke eigenaar doorverkocht en de opbrengst niet aan de oorspronkelijke eigenaar doen toekomen. De verkopende vennootschap ging vervolgens failliet. Volgens de oorspronkelijke eigenaar zou de bestuurder daarmee onder andere een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsnorm hebben geschonden. De procedure concentreerde zich echter rond de vraag of de vennootschap de gelden onder zich had mogen houden (vanwege een opschortingsrecht of verrekening). Het hof oordeelde dat dat het geval was en dat de vennootschap dus niet had gewanpresteerd. Daarmee was de vordering jegens de bestuurder eveneens van tafel.

83 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10345.

84 HR 11 maart 1977, ECLI:NL:PHR:1977:AC1877, NJ 1977/521, m.nt. G.J. Scholten (*Kribbebijter*).

85 HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1095.

86 Hof Den Haag 4 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2153.

Voornoemde zaak is slechts een van vele voorbeelden in 2018 waarin het ontbreken van een verwijt aan de rechtspersoon leidde tot een afwijzing van de vordering jegens de bestuurder. Zo werden onder andere inbreuk op een concurrentiebeding,⁸⁷ wanprestatie onder leningsovereenkomsten,⁸⁸ dwaling, bedrog, misbruik van omstandigheden en wanprestatie onder een koopovereenkomst⁸⁹ en misleiding⁹⁰ alle niet aangenomen, waardoor ook de daaraan gekoppelde art. 6:162 BW-vordering jegens de bestuurder logischerwijze werd afgewezen.

Overigens merken wij op dat het onder omstandigheden wel verstandig kan zijn een bestuurder alvast ‘mee te dagvaarden’ in een procedure jegens de vennootschap. Indien eerst alleen tegen de vennootschap wordt geprocedeerd, moeten in een opvolgende bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure de tot aansprakelijkheid leidende feiten van de vennootschap opnieuw worden gesteld en bewezen. Het oordeel over de vraag of sprake is van een toerekenbare tekortkoming of andere aansprakelijkheidsgrondslag kan verschillen per procedure. Dat bleek in een uitspraak van het Hof Amsterdam.⁹¹ In deze zaak vorderden de crediteuren van een gefailleerde vennootschap schadevergoeding van haar voormalige bestuurder wegens onrechtmatig handelen in verband met een toerekenbare tekortkoming van de vennootschap. In een eerdere procedure tussen de crediteuren en de vennootschap was vastgesteld dat de vennootschap aansprakelijk was jegens de crediteuren. In deze procedure had de rechtbank de vordering van de crediteuren tegen de bestuurder echter afgewezen, omdat de ingenomen stellingen ten aanzien van de tekortkoming in de nakoming door de vennootschap onvoldoende zouden zijn toegelicht. Het hoger beroep concentreerde zich rond de vraag of aansprakelijkheid van de vennootschap tegenover de crediteuren onherroepelijk was vastgesteld in de eerdere procedure voor de Rechtbank Amsterdam. Het hof oordeelde dat dit niet het geval was, omdat het vonnis tussen de crediteuren en de vennootschap geen kracht van gewijsde heeft ten opzichte van de bestuurder. Het hof kon de zaak dus afdoen met het oordeel dat onvoldoende is komen vast te staan dat sprake was van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst.

4.6 Geen verhaal bij de vennootschap

Voorwaarde voor *Beklamel*-aansprakelijkheid is dat de bestuurder wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap geen verhaal zou bieden voor de verplichtingen die hij namens de vennootschap is aangegaan. Dit criterium komt ook regelmatig voor in jurisprudentie over verhaalsfrustratie. Het is in beginsel aan

87 Hof 's-Hertogenbosch 3 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2813.

88 Rb. Rotterdam 5 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7819 en Rb. Gelderland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:861.

89 Rb. Amsterdam 4 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4629.

90 Hof Den Haag 20 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:465 en Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6759.

91 Hof Amsterdam 3 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2268.

de eisende partij om (de voorzienbaarheid van) gebrek aan verhaal te stellen en te bewijzen. Dat kan lastig zijn als de eisende partij geen inzage heeft in de financiële administratie van de vennootschap. Onoverkomelijk hoeft dat echter niet te zijn, zo bleek uit een aantal uitspraken in 2018.

In een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch werd het belang van het criterium 'geen verhaal' genuanceerd.⁹² De aangesproken bestuurder verweerde zich met de stelling dat niet was gebleken dat de door hem bestuurde vennootschap geen verhaal bood voor de schade die was geleden door niet-nakoming. De rechtbank was van oordeel dat eisers geen faillissementsverslagen of berichten van de curator hadden overgelegd waaruit aannemelijk was geworden dat de boedel geen verhaal zou bieden. Het hof kwam echter tot het oordeel dat de bestuurder wel degelijk onrechtmatig had gehandeld jegens eiser. De bestuurder had door de vennootschap ontvangen provisies die bestemd waren voor eiser niet doorbetaald, zonder dat hij daarvoor een goede reden had. Dat onverhaalbaarheid niet was komen vast te staan, was voor het hof niet doorslaggevend om geen verhaalsfrustratie aan te nemen.

Het verweer van een bestuurder dat de vennootschap wel degelijk verhaal biedt, is overigens niet zonder risico. Dat bleek uit de zaak van het Hof Den Haag.⁹³ In deze zaak vorderde een advocatenkantoor schadevergoeding van de bestuurder van een cliënte wegens onbetaald gelaten facturen. Zowel rechtbank als hof oordeelden dat de bestuurder ten tijde van het aangaan van de overeenkomst met het advocatenkantoor niet wist of behoorde te begrijpen dat de vennootschap de verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Het hof was echter, anders dan de rechtbank, van oordeel dat de bestuurder niettemin persoonlijk aansprakelijk was. De bestuurder had in de procedure namelijk betwist dat de financiële situatie van de vennootschap uiterst slecht was en dat de vennootschap geen verhaal zou bieden. Het hof oordeelde om die reden dat de bestuurder zonder kenbare reden verhinderde dat de vennootschap declaraties van het advocatenkantoor voldeed. Daarmee was sprake van betalingsonwil hetgeen een persoonlijk ernstig verwijt oplevert, aldus het hof.

4.7 Misbruik van rechtspersoonlijkheid

In de kroniek van de bundel 2016/2017 hebben Oppedijk, Van Veen en Kraaiipoel aandacht besteed aan het onderwerp misbruik van rechtspersoonlijkheid.⁹⁴ Ook in 2017/2018 zijn een paar uitspraken geweest die genoemd kunnen worden. In het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2017 werd vereenzelviging niet aangenomen en werd het cassatieberoep afgedaan met toepassing van art. 81 lid 1

92 Hof 's-Hertogenbosch 12 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2496.

93 Hof Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:641.

94 Kraaiipoel & Oppedijk, 2017, p. 27-29.

RO.⁹⁵ In de conclusie bij het arrest bevestigde A-G Timmerman de maatstaf uit het arrest *Roco/Staat*.⁹⁶ Het moet gaan om de voortzetting van de activiteiten in een andere vennootschap met geen ander doel dan het onmogelijk maken van verhaal, terwijl dit handelen een daadwerkelijk verminderen van de verhaalsmogelijkheden inhoudt en de schuldeiser van de vennootschap die deze activiteiten voorheen verrichtte, is benadeeld.

In een andere zaak die speelde bij het Hof Den Haag werd vereenzelviging evenmin aangenomen en werd duidelijk dat de partij die een beroep doet op het misbruik van identiteitsverschil er goed aan doet de feiten nauwkeurig te omschrijven.⁹⁷ Het hof oordeelde in deze zaak dat de voor vereenzelviging vereiste uitzonderlijke omstandigheden niet met de vereiste precisie en nauwkeurigheid waren onderbouwd. Misbruik van identiteitsverschil werd met vergelijkbare overwegingen ook niet aangenomen in een zaak die speelde bij Hof 's-Hertogenbosch. De verhuurder van een bedrijfspand stelde in die zaak dat de hurende stichting er alleen maar tussen was geschoven om te dienen als katvanger zodat de bestuurder aansprakelijkheid kon ontlopen voor schulden. Het hof oordeelde dat de verhuurder deze stelling over misbruik van identiteitsverschil niet met concrete feiten en/of bescheiden onderbouwt, zodat deze enkele stelling niet kan dienen als basis voor haar vorderingen jegens de bestuurder.⁹⁸

In een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden bracht de bestuurder van een detacheringsbureau het er minder goed van af.⁹⁹ In deze zaak had de Stichting naleving CAO voor Uitzendkrachten op 21 augustus 2013 een gunstig vonnis verkregen tegen het detacheringsbureau dat werd veroordeeld tot forse nabetalingen aan werknemers. Het detacheringsbureau had vervolgens niet voldaan aan dit vonnis en werd op 5 januari 2015 uitgeschreven uit het handelsregister met de vermelding dat de rechtspersoon was ontbonden en opgehouden te bestaan omdat geen bekende baten meer aanwezig waren per december 2014. Reeds in juli 2012 had de bestuurder van het detacheringsbureau een nieuwe onderneming opgericht. Het hof overwoog dat de conclusie is gewettigd dat de bestuurder de activiteiten van het detacheringsbureau alleen had beëindigd teneinde te ontkomen aan de nakoming van het vonnis van 21 augustus 2013. Dat doel heeft hij getracht te bereiken door de uitzendactiviteiten voort te zetten in een andere rechtspersoon, waarvan hij ook

95 HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3086 (*Levrier B.V./X*) en conclusie A-G Timmerman 20 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1223, r.o. 3.21.

96 HR 3 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1865, *NJ* 1996/215, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Roco/Staat*), r.o. 4.4.2.

97 Hof Den Haag 18 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2375 (*Broadcast Newco Two/Youtoo c.s.*).

98 Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1510 (*Mercedes verzameling*).

99 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8525, na verzet tegen Hof Arnhem-Leeuwarden 27 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2874 (*Bestuurder/Stichting Naleving CAO*), r.o. 5.15.

bestuurder was. Het hof achtte hem daarom aansprakelijk jegens de stichting op grond van de tweede pijler uit het arrest *Ontvanger/Roelofsen*.

4.8 *Stelplicht, bewijslevering en exhibitieplicht*

Van groot praktisch belang voor het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht is de wijze waarop rechters omgaan met de stelplicht en bewijslast. Soms beschikt een gedaagde bestuurder, met name als het een voormalige bestuurder betreft, niet (meer) over de bescheiden die hij nodig heeft om zich te verweren. Aan de andere kant ontbeert het eisers soms aan voldoende gegevens en informatie om hun vordering voldoende te kunnen onderbouwen. Wij bespreken een aantal zaken waarin de rechter een handreiking deed aan een partij in bewijsnood.

In een hiervoor reeds besproken arrest keerde het Hof Den Haag de bewijslast om ten nadele van de aangesproken bestuurder.¹⁰⁰ Het hof onderbouwde die beslissing door te overwegen dat de bestuurder degene was die volledige zeggenschap uitoefende over de vennootschap. De stelplicht en bewijslast om te bewijzen dat de vennootschap niet in staat was om de vorderingen van de eisende crediteur te voldoen, rustte om die reden op de bestuurder. Een omkering van de bewijslast is volgens het hof gerechtvaardigd, omdat de bestuurder bij uitstek degene is die inzicht heeft in, en toegang heeft tot, stukken met betrekking tot de financiële situatie van de vennootschap.¹⁰¹ Het hof verwees daarbij naar het arrest *Van Waning/Van der Vliet*.¹⁰²

Het Hof Arnhem-Leeuwarden koos ervoor om gebruik te maken van art. 22 Rv en daarop een verzwaarde motiveringsplicht van de bestuurder te baseren.¹⁰³ De verhuurder van een onroerende zaak vorderde betaling van achterstallige huurpenningen van de bestuurder van de hurende vennootschap, die inmiddels was ontbonden. Bij het verlengen van de huurovereenkomst zou de bestuurder onder andere de *Beklamel*-norm hebben geschonden. Het hof oordeelde in een tussenarrest dat de verhuurders onvoldoende hadden onderbouwd dat de bestuurder bij het verlengen van de huurovereenkomst wist of behoorde te begrijpen dat de vennootschap haar verplichtingen niet meer na zou kunnen komen. Het hof overwoog echter

¹⁰⁰ Hof Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:641.

¹⁰¹ Westenbroek 2017 (diss.), par 10.9, p. 440 wees in dit verband erop dat de benadering in HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, *NJ* 2017/215, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*) bij de toepassing van art. 2:11 BW jo. art. 6:162 BW ook bij eerstegraadsbestuurdersaansprakelijkheid zou moeten gelden: 'In dit verband is van belang dat de derde veelal uitsluitend aan zijn stelplicht (...) kan voldoen door zich te baseren op hem (achteraf) bekend geworden informatie aangaande de rechtspersoon als geheel (zoals jaarrekeningen, faillissementsverslagen en/of eventuele informatie verkregen van andere derden) (...).'

¹⁰² HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0564, *NJ* 1992/411, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*).

¹⁰³ Hof Arnhem-Leeuwarden 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9223.

ook dat de bestuurder onredelijk veel feitelijke onduidelijkheid had laten bestaan en overwoog daarom, zoals gezegd met gebruikmaking van art. 22 Rv, als volgt: ‘Op [de verhuurder] rust de stelplicht en de bewijslast van hun stelling dat [de bestuurder] heeft bewerkstelligd dat de vennootschap haar verplichtingen jegens hen niet langer nakwam en dat [de bestuurder] hiervan een ernstig persoonlijk verwijt treft, maar van [de bestuurder] mag worden verwacht dat hij ter motivering van zijn verweer tegen die stellingen concrete informatie verschafft betreffende feiten die in zijn domein liggen, zoals informatie uit de administratie van zijn eenmanszaak, nu dat informatie is die niet voor derden toegankelijk is, teneinde [de verhuurder] aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen. Het betreft hier de zogenoemde verzwaarde motiveringsplicht ten aanzien van het verweer.’ Het hof gelastte de bestuurder om de relevante informatie alsnog te verstrekken.

De Rechtbank Noord-Holland kwam afgelopen jaar de eisende partij in een aansprakelijkheidsprocedure op vergelijkbare wijze tegemoet.¹⁰⁴ De rechtbank oordeelde dat voor feiten waarop het verweer van de bestuurder ziet en die zich in zijn domein bevinden een verzwaarde motiveringsplicht gold. De bestuurder diende dus voldoende feitelijke gegevens te verstrekken ter motivering van zijn betwisting van de stelling van eiser. Wij juichen deze opstelling van rechters toe. Actieve toepassing van art. 22 Rv kan de noodzaak van kostbare en tijdrovende art. 843a Rv-vorderingen verminderen. Een actieve rol van de rechter bij de waarheidsvinding is bovendien in lijn met het wetsvoorstel ter modernisering van het burgerlijke bewijsrecht.

Tot slot wees Rechtbank Noord-Holland in een uitspraak van 25 april 2018 een exhibitievordering op grond van art. 843a Rv toe als gevolg waarvan de vennootschap werd veroordeeld tot het overleggen van bescheiden die betrekking hadden op de vermogenspositie van de vennootschap.¹⁰⁵ Een interessante vraag die in deze uitspraak niet beantwoord werd, is in hoeverre een dergelijke vordering voor toewijzing vatbaar zou zijn als de vordering (uitsluitend) gericht zou zijn geweest tegen de bestuurders. Zo lang daar geen duidelijkheid over bestaat, doet een eisende partij er verstandig aan om steeds ook de (gefaillierde) vennootschap te betrekken in de procedure.

5 Aansprakelijkheid jegens de boedel

5.1 Onbehoorlijke taakvervulling: art. 2:138/2:248 lid 1 BW

Hoofdelijke aansprakelijkheid voor het boedeltekort ontstaat als het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld én aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is

104 Rb. Noord-Holland 3 januari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:9.

105 Rb. Noord-Holland 25 april 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2226 (*Vierwaarde B.V./Gerecht Holding B.V. e.a.*).

van het faillissement. Van onbehoorlijke taakvervulling ‘*kan slechts worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben*’.¹⁰⁶ Deze *Panmo*-maatstaf voor het aannemen van kennelijk onbehoorlijk bestuur als bedoeld in art. 2:138/2:248 lid 1 BW vormt een aanzienlijke drempel, zeker nu stelplicht en bewijslast ingevolge art. 150 Rv op de curator rusten.¹⁰⁷

5.1.1 *Expliciet verwijzing naar Panmo-maatstaf vereist?*

De *Panmo*-maatstaf stond centraal in één van de drie samenhangende arresten van de Hoge Raad in de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures naar aanleiding van het faillissement van Partrust Beheer B.V. (‘Partrust’).¹⁰⁸ In cassatie werd geklaagd dat het Hof ‘s-Hertogenbosch¹⁰⁹ in het kader van (een beoordeling ex) art. 2:248 lid 1 BW niet expliciet zou hebben verwezen naar deze maatstaf.¹¹⁰ Volgens A-G Timmerman was echter expliciete verwijzing niet nodig zolang uit het totaal van de door het hof in aanmerking genomen omstandigheden maar bleek dat het hof ‘de hoge drempel voor aansprakelijkheid juist had toegepast’.¹¹¹ Volgens Timmerman had het hof dit gedaan. Het hof had immers vastgesteld dat het bedrijfsmodel van Partrust (opgezet door de betreffende bestuurder en nadien voorgezet) onjuist en onbehoorlijk was nu bijna de helft van de ingelegde gelden niet werd gebruikt om te beleggen en nu Partrust overeind werd gehouden met de inleg van obligatiehouders. Vroeg of laat moest dit wel tot een faillissement leiden. Volgens Timmerman maakte dit alles begrijpelijk dat het hof kennelijk onbehoorlijk bestuur aannam. In navolging van A-G Timmerman verwierp de Hoge Raad het cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO.

5.1.2 *Faillissementsaanvraag in strijd met art. 2:246 BW*

In het kader van art. 2:248 lid 1 BW wezen Van Bekkum en Stoppels in de kroniek van vorig jaar ons op een opmerkelijke casus. Even tussen Kerst en Oud & Nieuw had een bestuurder het faillissement van zijn vennootschap aangevraagd zonder een daartoe strekkend besluit van de algemene vergadering (ex art. 2:246 BW) en zonder de laatste financiële stand van zaken te hebben geverifieerd. Dat hij daarbij wat overhaast en onbesuisd te werk was gegaan, bleek eens te meer toen enkele weken na het faillissement een belangrijke opdrachtbevestiging uit Brazilië op de mat lag bij de curator. Het Hof ‘s-Hertogenbosch hield de bestuurder aansprakelijk voor het tekort in de boedel.¹¹² Net voor het einde van 2018 boog de Hoge Raad zich over deze casus en de vraag of het aanvragen van het faillissement van de

106 HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001/454, JOR 2001/171 (*Panmo*), r.o. 3.7.

107 HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:153, NJ 2014/177, JOR 2014/122 (*Sansto/Reiziger q.q.*).

108 HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2365; ECLI:NL:HR:2018:2366; ECLI:NL:HR:2018:2367 (*Partrust*).

109 Hof ‘s-Hertogenbosch 8 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3521.

110 HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2365 (*Partrust*).

111 Conclusie A-G Timmerman 19 oktober 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1275, nr. 3.7.

112 Hof ‘s-Hertogenbosch 19 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4030.

vennootschap door haar bestuurder in de gegeven omstandigheden kan worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 lid 1 BW.¹¹³

De Hoge Raad overwoog eerst meer in het algemeen dat art. 2:246 BW in beginsel strekt tot bescherming van de belangen van de vennootschap en haar aandeelhouders. Het in strijd met art. 2:246 BW aanvragen van het faillissement van de vennootschap door de bestuurder, kan derhalve grond zijn voor aansprakelijkheid jegens de vennootschap op de voet van art. 2:9 BW. Deze strekking staat er echter niet aan in de weg, aldus de Hoge Raad, dat de aanvraag van een faillissement, onder omstandigheden *tevens* de belangen van de gezamenlijke schuldeisers kan schaden en op die grond aangemerkt kan worden als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:248 lid 1 BW.

De Hoge Raad oordeelde echter dat in het onderhavige geval uit de omstandigheden van het geval waarop het oordeel van het hof berustte, niet bleek of, en zo ja op welke wijze, het aanvragen van het faillissement de belangen van de gezamenlijke schuldeisers had geschaad. Uit de omstandigheden bleek evenmin, aldus de Hoge Raad, dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat zijn handelen de gezamenlijke schuldeisers zou benadelen.¹¹⁴ Volgens de Hoge Raad was het hof ten slotte niet ingegaan op de stelling van de bestuurder dat hij door het doen van aangifte tot faillietverklaring verdere schade voor de schuldeisers wilde voorkomen. Het hof had derhalve blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd aldus de Hoge Raad en deze vernietigde het arrest met verwijzing van het geding naar het Hof Arnhem-Leeuwarden.

Mogelijk komt deze casus dus terug in de kroniek van volgend jaar. Interessant is of bij het Hof Arnhem-Leeuwarden dan de causaliteitshorde aan bod komt die A-G Timmerman in zijn conclusie bespreekt¹¹⁵ en die door zowel Van Andel als Krieckaert is aangestipt in hun annotaties bij dit arrest.¹¹⁶ Art. 2:248 lid 1 BW vereist dat het onbehoorlijk bestuur tevens een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. In het onderhavige geval vielen het kennelijk onbehoorlijk bestuur en de faillissementsaanvraag samen: de faillissementsaanvraag vormde het kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het Hof 's-Hertogenbosch volstond met de overweging dat *'de rechtstreekse oorzaak van het faillissement is gelegen in de aanvraag daarvan door [eiser]'*. Volgens Timmerman sprong het hof daarmee te gemakkelijk over deze horde, mede gelet op de zware sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid voor het boedeltkort: *'Er is voor het vervullen van de tweede voorwaarde van art. 2:248*

113 HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, NJ 2019/31 (*Geocopter*).

114 Volgens de A-G gaat het hierbij om de informatie waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen.

115 Conclusie A-G Timmerman 20 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1139.

116 W.J.M. van Andel, annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 19 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4030, JOR 2017/335; L. Krieckaert, annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 19 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4030, TvCu 2017/5-6, p. 178-180.

lid 1 BW meer nodig dan een *conditio sine qua non*-verband tussen het onbehoorlijk bestuur en het faillissement.’ Volgens Van Andel en Krieckaert is voor beantwoording van de causaliteitsvraag bepalend of het faillissement uiteindelijk onvermijdelijk was geweest.

5.1.3 Bestuursverdracht en aandelenoverdracht (aan katvanger)

Het afgelopen jaar leverde een aantal interessante arresten op over de vraag of de overdracht van aandelen in een vennootschap dan wel het overdragen van het bestuur in die vennootschap aan een mogelijke katvanger kan kwalificeren als (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:248 lid 1 BW. De verkoop van aandelen in de vennootschap geschiedt door de aandeelhouder (en niet de bestuurder). Een dergelijk handelen, voor zover door specifieke omstandigheden al onrechtmatig, kan in de regel alleen een onrechtmatige daad van de aandeelhouder opleveren. Dit ligt genuanceerder in dga-situaties.¹¹⁷ Een bestuurder kan zich dan namelijk niet verschuilen achter (de beslissing van) de aandeelhouder.

Bij het Hof Arnhem-Leeuwarden¹¹⁸ speelde een zaak waarin de oud-bestuurders de aandelen van hun vennootschap hadden verkocht aan een werkloze jonge man van 23 die (i) zich niet in de administratie had verdiept; (ii) niet had geïnformeerd naar de omvang van de schulden; en (iii) niet met het management en/of de werknemers had gesproken. Ook bleek uit niets, aldus het hof, welk belang deze koper erbij zou kunnen hebben om een onderneming over te nemen met een hoge schuldenlast, waarin bovendien te weinig werk voorhanden was voor de aanwezige werknemers. Daarbij kwam dat ook drie andere vennootschappen door deze oud-bestuurders op dezelfde wijze waren verkocht aan dezelfde bemiddelaar en daarna eveneens failliet waren gegaan. Het hof oordeelde dat het op deze wijze verkopen van de aandelen in een vennootschap aan een katvanger kennelijk onbehoorlijk bestuur vormde, waarvoor de oud-bestuurders aansprakelijk werden gehouden.

Het Hof Den Haag¹¹⁹ lijkt behoudender dan het Hof Arnhem-Leeuwarden. Bij het Haagse hof ging het over de verkoop van de verder lege vennootschap ‘Axis’ door oud-bestuurder (A) aan koper (B), die hij – behalve zijn achternaam – verder niet

117 Zie ook S.C.M. van Thiel, annotatie bij Hof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:446 (*Axis I*), *JOR* 2018/119, nr. 1; en R.A. Wolf, ‘Over overdracht van aandelen door de DGA, faillissement van de vennootschap en onbetaalde crediteuren. Bestuurders- of aandeelhoudersaansprakelijkheid?’, in *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016-2017* (VDHI nr. 141), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 271 e.v., met een overzicht van verschillende uitspraken van rechtbanken en hoven over bestuurdersaansprakelijkheid in ‘katvanger’-zaken. Van Thiel vindt het, anders dan Wolf, niet onjuist dat een bestuurder aansprakelijk kan worden gehouden op grond van art. 2:138/2:248 BW ondanks dat hij de beslissing om de vennootschap over te dragen in zijn hoedanigheid van aandeelhouder nam. Hij ziet bevestiging van zijn standpunt in de vele uitspraken van rechtbanken en hoven over bestuurdersaansprakelijkheid in geval van een katvanger.

118 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9490.

119 Hof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:446, *JOR* 2018/119, m.nt. S.C.M. van Thiel (*Axis I*).

kende. Na de overname werd de vennootschap binnen enkele maanden meermaals verhandeld met net zoveel bestuurswisselingen en werd de vennootschap misbruikt voor een zogenoemde btw-carrousel met uiteindelijk het faillissement tot gevolg. Het hof stelde in dit kader voorop dat het afgeven van de boekhouding aan een opvolgend bestuurder, wetende dat deze opvolgend bestuurder malafide is, neer kan komen op het zich – in strijd met art. 2:10 lid 3 BW – ontdoen van de administratie.¹²⁰ Maar waar de rechtbank had geconcludeerd dat A op grond van een eenvoudig internetonderzoek had kunnen en moeten weten dat B een malafide persoon was en dat A derhalve – nu hij dit had nagelaten – zijn administratieplicht had geschonden,¹²¹ oordeelde het Hof Den Haag anders. Volgens het hof had A in de gegeven omstandigheden namelijk geen nader onderzoek naar B hoeven te verrichten alvorens de boekhouding aan hem af te geven. Het hof achtte daarbij van belang dat A onweersproken had gesteld dat hij zelf destijds Axis als bestaande vennootschap had gekocht, omdat in zijn branche een oudere BV meer betrouwbaarheid uitstraalt en dat hij rekening hield met de mogelijkheid dat B de door de vennootschap geleden verliezen fiscaal zou benutten voor verliescompensatie. Diens bereidheid om Axis te kopen voor een bedrag van € 12.500, – terwijl het bedrijf van Axis reeds geruime tijd stillag en er een – nog niet onherroepelijke – boete was opgelegd door de Arbeidsinspectie van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, behoefde gezien deze toelichting volgens het hof geen argwaan te wekken. Tot slot overwoog het hof – naar wij begrijpen ten overvloede – dat het niet zeker was dat de gegevens die de curator op grond van een zoekopdracht in 2016 over B had gevonden, ook gevonden zouden zijn in 2012.

Opnieuw strenger was het Hof Arnhem-Leeuwarden in een zaak begin 2018, waarin het overwoog dat van de oud-bestuurder verwacht mocht worden dat hij bij de overdracht van het bestuur van de onderneming voldoende onderzoek zou verrichten naar de (rechts)personen aan wie hij het bedrijf, al dan niet tijdelijk, wilde overdragen.¹²² De oud-bestuurder had aangevoerd dat hij een professioneel adviesbureau had ingeschakeld, waarmee hij zou hebben voldaan aan zijn onderzoeksplicht. Volgens de curator zou dit adviesbureau echter een zeer kort bestaan als eenmanszaak hebben gehad en een nog korter bestaan als besloten vennootschap. Dit had voldoende reden voor de oud-bestuurder moeten zijn voor een grondig onderzoek naar de achtergronden van deze medebestuurders alvorens één van deze medebestuurders in te schakelen, aldus de curator. Het hof oordeelde hiermee in lijn dat de oud-bestuurder niet zou hebben gehandeld als een redelijk denkend bestuurder door een adviesbureau in te schakelen en af te gaan op de adviezen van die medebestuurders, zonder goed onderzoek te doen naar de achtergronden van

120 Vgl. S.C.M. van Thiel, annotatie bij Hof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:446 (*Axis I*), *JOR* 2018/119, nr. 7 met verwijzing naar Hof Amsterdam 27 mei 1999, *JOR* 2000/234; en Rb. Amsterdam 25 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3331.

121 In lijn met het door Wolf gepresenteerde overzicht in de lagere rechtspraak. Zie voetnoot 116.

122 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:50.

deze onderneming en deze personen. Het slechts inwinnen van referenties over dit bureau bij één persoon, het bekijken van de website van het adviesbureau en het raadplegen van internet via algemene zoekmachines zijn daartoe onvoldoende. Verder acht het hof met name van belang dat de bestuurder niet met de accountant, de grootaandeelhouder en de bank heeft overlegd over deze bestuurswisseling. Daarmee kwam het hof tot de slotsom dat de oud-bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk had vervuld door overhaast en zonder voldoende onderzoek en overleg het bestuur over te dragen aan een opvolgend bestuurder, die daarmee in de gelegenheid werd gesteld malversaties te plegen. Annotator Scholten is van mening dat het hof in dit arrest een te algemene rechtsregel creëert, waarbij de bestuurder van een vennootschap disproportioneel grondig onderzoek moet doen naar zijn opvolger. Volgens Scholten kunnen bij dit arrest vele (vennootschapsrechtelijke) vraagtekens worden gezet en vindt voornoemde rechtsregel geen basis in het Nederlandse vennootschapsrecht.¹²³ Deze constatering kunnen wij volgen, maar de omstandigheden uit deze zaak waren zo specifiek dat het arrest niet te algemeen moet worden geïnterpreteerd.

5.1.4 Overig

Vermeldingswaardig over de toepassing van art. 2:248 lid 1 BW is tot slot nog de volgende zaak van het Hof Arnhem-Leeuwarden.¹²⁴ Het hof oordeelde dat het bestuursbesluit om de complete marge die een vennootschap behaalt structureel naar een andere vennootschap te laten wegvloeien voor beweerdelijk door die andere vennootschap verrichte werkzaamheden op zichzelf kon worden aangemerkt als onbehoorlijk bestuur. Volgens het hof was dit in het onderhavige geval aan de orde nu onder meer iedere onderbouwing ontbrak over waarom de door die andere vennootschap in rekening gebrachte en ontvangen bedragen in redelijke verhouding zouden staan tot de inhoud, aard en omvang van de beweerdelijk door die andere vennootschap verrichte werkzaamheden.

5.2 Schending administratie- of publicatieplicht: art. 2:138/2:248 lid 2 BW

Waar art. 2:138/2:248 lid 1 BW een aanzienlijke drempel opwerpt voor de curator, is dit aanmerkelijk anders in geval van schending van de boekhoudplicht of de publicatieplicht. Art. 2:248 lid 2 BW biedt de curator in die gevallen een belangrijk wapen: slaagt de curator erin aan te tonen dat de boekhoudplicht of publicatieplicht is geschonden, dan staat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur (onweerlegbaar) vast en wordt (weerlegbaar) vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

123 C.J. Scholten, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:50, *JOR* 2018/90, nr. 10.

124 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6118, *JONDR* 2018/882 (*Shamrock Vastgoed c.s./Limberger q.q.*).

5.2.1 *Verantwoordelijkheid curator*

De curator wordt geacht op een verantwoordelijke manier met het wapen van art. 2:138/2:248 BW om te gaan.¹²⁵ Verdedigd wordt dat er meer moet zijn dan een enkele schending van de publicatieplicht.¹²⁶ In lijn met dat uitgangspunt overwoog het Hof Arnhem-Leeuwarden: *'Het inroepen van de dubbele bewijsvermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW louter op grond van het niet tijdig publiceren van een jaarrekening 2010 van de tussenholdings, welke jaarrekening slechts betrekking had op twee weken zonder activiteiten roept in deze context vragen op, ook al is voor die te late publicatie op zichzelf geen bevredigende verklaring gegeven.'*¹²⁷

5.2.2 *Reikwijdte administratieplicht*

Waar de te late publicatie vaak een eenvoudige vaststelling is, laat het toetsingskader over de schending van de administratieplicht meer ruimte over voor debat. Art. 2:10 lid 1 BW bepaalt dat de administratie van een rechtspersoon moet worden gevoerd 'naar de eisen die voortvloeien uit de werkzaamheden van die rechtspersoon'. De Hoge Raad concludeerde in dit kader eerder dat *'niet van onjuiste rechtsopvatting getuigde'* het oordeel van het hof dat aan de eisen van art. 2:14 lid 1 BW (oud) is voldaan indien i) de administratie van de vennootschap zodanig is dat men *'snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment'* en ii) dat *'deze posities en stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie'*.¹²⁸ Daar heeft de Hoge Raad in 2014 aan toegevoegd dat *'voor het antwoord op de vraag of de administratie voldoet aan de daaraan te stellen eisen, ook andere elementen daarvan van belang kunnen zijn dan de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten'*.¹²⁹ Volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden brengt art. 2:10 lid 1 BW mee dat de inrichting van de administratie niet voor iedere rechtspersoon aan dezelfde eisen hoeft te voldoen.¹³⁰ Die eisen hangen volgens het hof mede af van de aard en opzet alsmede de organisatie van de onderneming van de

125 Zo wordt van de curator ten minste verwacht dat hij onderzoek doet naar de daadwerkelijke oorzaken van een faillissement alvorens tot aansprakelijkheidsstelling van de bestuurders over te gaan. Zie over het oorzakenonderzoek in faillissement en wat minimaal mag worden verwacht van curatoren voorafgaand, tijdens en na afloop van het onderzoek: L. Hox, 'Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture?', *TvI* 2018/42.

126 Y. Borrius, 'Schending publicatieplicht: bewijsvermoeden te betugelen?' in Ph.W. Schreurs e.a., *De Gereedchapskist van de curator (INSOLAD Jaarboek 2015)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 23-48.

127 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1008.

128 HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994, NJ 1993/173 (*Brens q.q./Sarper*).

129 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2932, NJ 2014/456; *JOR* 2014/327, m.nt. C.M. Harmsen (*Rosbeek q.q./Rademakers c.s.*).

130 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7338.

rechtspersoon en haar werkzaamheden. Deze overweging wordt vaker gebezigd¹³¹ en is naar onze mening een terecht uitgangspunt.¹³²

De wijze waarop art. 2:10 lid 1 BW wordt toegepast is sterk casuïstisch. Enkele illustratieve overwegingen uit uitspraken over de administratieplicht in 2018 zijn de volgende.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat Groustins haar administratieplicht had geschonden omdat verschillende belangrijke overeenkomsten niet schriftelijk waren vastgelegd: *'De organisatie van Groustins mag dan qua aantal werknemers gering zijn geweest, zij liet zich als gezegd wel in met complexe en risicovolle transacties waarmee miljoenen waren gemoeid. Een dergelijke organisatie dient haar rechten en plichten nauwkeurig vast te leggen.'*¹³³

In een tussenvonnissen bekeek het Hof 's-Hertogenbosch de absolute omvang van de fout binnen de begroting en concludeerde: *'zelfs als er een afwijking van € 3.835,00 zou bestaan tussen de grootboekrekening en de balans, dan zou dit in het licht van de vereisten die aan een deugdelijke administratie worden gesteld bij een bedrijfs als het onderhavige (met een balanstotaal van € 1.009.774,99 in 2009) een zodanig onbelangrijk verzuim zijn dat daarmee niet zou kunnen worden geoordeeld tot kennelijk onbehoorlijk bestuur.'*¹³⁴

Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde in een andere zaak eveneens dat geen sprake was van schending van de administratieplicht ondanks dat inkomsten en betalingen voor de Belastingdienst waren verzwegen, onjuiste aangiften omzetbelasting waren gedaan en betalingen van een viertal klanten zwart waren ontvangen.¹³⁵ Hoewel dit in strijd is met de wet, impliceerde dit volgens het hof niet dat de boekhouding ten tijde van het faillissement niet een eenduidig en getrouw beeld van de rechten en verplichtingen van de vennootschap gaf.

131 Het hof verwijst zelf naar Hof Arnhem-Leeuwarden 3 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW0725, r.o. 3.5.

132 Zie ook instemmend Van Bekkum & Stoppels, 2018, p. 18-21, met bespreking van Hof Arnhem-Leeuwarden, 24 oktober 2017, JOR 2018/37, m.nt. Van Bekkum (*Wea Beheer*), r.o. 5.5.

133 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7338. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:57. Het hof oordeelde in laatst genoemde arrest dat de betreffende uitvaartonderneming niet voldeed aan haar administratieplicht omdat de administratie niet aansloot op de jaarrekening van het jaar ervoor, dat uit de administratie niet kon worden opgemaakt welke werkzaamheden de vennootschap had verricht of welke de vennootschap had aangeschaft, dat memoriaalboekingen ontbraken en dat de verstrekte debiteuren alsmede een enkele factuur onjuist waren.

134 Hof 's-Hertogenbosch 11 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3746.

135 Hof 's-Hertogenbosch 25 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3959.

In weer andere casus werden schendingen van art. 2:10 lid 1 BW (wel) aangenomen in verband met substantiële tekortkomingen in de administratie,¹³⁶ vervalsingen¹³⁷ en het ontbreken van de complete administratie.¹³⁸

5.2.3 Onbelangrijk verzuim

In twee eerder aangehaalde arresten inzake het Partrust-faillissement stond het beroep op de onbelangrijk verzuimuitzondering centraal: kon de termijnoverschrijding van twee maanden en drie dagen voor de publicatie van de jaarrekening 2007 worden aangemerkt als een onbelangrijk verzuim?¹³⁹ Het Bossche hof vond van niet en overwoog – in lijn met *Bobo c.s./König q.q.*¹⁴⁰ – dat gekeken diende te worden naar de redenen voor overschrijding. Het hof stelde, naar onze mening terecht, dat aan een mogelijke verklaring hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is: een lopend onderzoek noch een discussie met de AFM is een valide reden om de jaarrekening niet tijdig te publiceren. Het hof voegde hieraan toe dat juist in een periode dat een onderneming, zoals Partrust, negatief in het nieuws is, het van belang is de termijn voor publicatie na te leven. Desnoods kan een opmerking over een onderzoek of discussie worden opgenomen in de jaarrekening. Volgens het hof is het niet aan de bestuurder om te bepalen of schuldeisers belang hebben bij een jaarrekening met opmerking. Dat de administratie van Partrust verder op orde zou zijn doet evenmin af aan de publicatieverplichting, aldus het hof. A-G Timmerman achtte de argumentatie van het hof voldoende en begrijpelijk, en merkte op dat de obligatiehouders zich wel degelijk onjuist geïnformeerd en benadeeld voelden. Daarnaast stelde hij dat, anders dan eiser betoogde, malafiditeit of misbruik van de besloten vennootschap geen vereiste is voor toepassing van art. 2:248 BW. Ook het feit dat de administratie verder op orde zou zijn, maakt niet dat lagere eisen kunnen worden gesteld aan het bewijs dat aannemelijk maakt dat andere omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van faillissement zijn geweest, aldus Timmerman. De Hoge Raad deed beide zaken af met toepassing van art. 81 RO.

136 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:57. Het hof oordeelde dat de uitvaartonderneming niet voldeed aan haar administratieplicht omdat de administratie niet aansloot op de jaarrekening van het jaar ervoor, dat uit de administratie niet kon worden opgemaakt welke werkzaamheden de vennootschap had verricht of welke de vennootschap had aangeschaft, dat memoriaalboekingen ontbraken en dat de verstrekte debiteuren alsmede een enkele factuur onjuist waren.

137 Rb. Limburg 25 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:7061: ‘*Door al die valsheden kan niet worden volgehouden dat aan de hand van de gevoerde administratie de (daadwerkelijke) rechten en verplichtingen van de rechtspersoon konden worden gekend.*’

138 Rb. Overijssel 24 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:245.

139 HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2366 en ECLI:NL:HR:2018:2367 (*Partrust*).

140 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, *JOR* 2013/300, m.nt. W.J.M. van Andel (*Bobo c.s./König q.q.*).

5.2.4 *Tegenbewijs*

Tegen het weerlegbare vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, staat tegenbewijs open. De jurisprudentie rondom de mogelijkheid van tegenbewijs is aardig uitgekristalliseerd: de Hoge Raad heeft bepaald dat ter weerlegging van het bewijsvermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan de aangenomen kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.¹⁴¹

Stelt de bestuurder daartoe een van buiten komende oorzaak en wordt de bestuurder verweten te hebben nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder tevens feiten en omstandigheden moeten stellen en zo nodig aannemelijk moeten maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.¹⁴² De bestuurder kan het weerlegbare vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW ook ontzenuwen door het aannemelijk maken van een *niet* van buitenkomende oorzaak (waaronder fouten of misrekeningen van de bestuurders), zolang maar niet geoordeeld kan worden dat geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben.¹⁴³

Zoals door de chroniqueurs in 2016 reeds werd opgemerkt werkt dit ‘stappenplan’ van de Hoge Raad over het algemeen goed, maar is de bewijslast gevaarlijk voor bestuurders: is de rechter niet overtuigd van de ‘andere oorzaken’, dan wordt de bewijsdrempel niet gehaald en is de bestuurder aansprakelijk voor het boedeltekort.¹⁴⁴ Dit overtuigen is in hoge mate afhankelijk van de feiten en blijkt vaak lastig te zijn – het faillissement is immers daar.

Een dividenduitkering en het overbrengen van activa leidde volgens de Rechtbank Overijssel bijvoorbeeld tot de *onontkoombare* slotsom dat de onbehoorlijke taakvervulling de oorzaak was van het faillissement.¹⁴⁵ Het Hof Den Haag overwoog in dit kader bijvoorbeeld dat het niet ondenkbaar was dat de bestuurder geen actieve betrokkenheid had bij het ontstaan van verschillende fiscale schulden die waren ontstaan door grote (niet verklaarde) bij- en afschrijvingen. Indien deze verschillende betalingen echter hadden kunnen plaatsvinden buiten medeweten van

141 HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, *JOR* 2006/288, m.nt. Y. Borrius (*Van Schilt/Jansen q.q.*).

142 HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, *JOR* 2008/29, m.nt. Y. Borrius (*Blue Tomato*).

143 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, *JOR* 2016/223, m.nt. Y. Borrius (*Langehaar/Velenturf q.q.*).

144 Van de mogelijkheid om een bestuurder in de gelegenheid te stellen bewijs voor zijn stelling aan te dragen, werd gebruikgemaakt in Rb. Midden-Nederland 11 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3115.

145 Rb. Overijssel 24 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:245.

de bestuurder, kon dit niet zonder meer los worden gezien van de schending van zijn administratieplicht.¹⁴⁶

Uit de lagere rechtspraak in 2018 is verder af te leiden dat rechters zich in ieder geval niet laten overtuigen door algemene schetsen van economische tegenspoed. Zo achtte het Hof Arnhem-Leeuwarden de enkele verwijzing naar de crisis onvoldoende om tot het oordeel te kunnen komen dat die als zodanig in dit geval een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.¹⁴⁷ En ook in een ander arrest besliste het Hof Arnhem-Leeuwarden op vergelijkbare wijze dat opposant ‘*zich ten onrechte heeft beperkt tot het schetsen van een algemene daling van het aantal begrafenissen in Nederland. Het gaat om de vraag wat de marktomstandigheden voor de vennootschap waren*’.¹⁴⁸

Maar het kan ook anders. Zowel het Hof Arnhem-Leeuwarden¹⁴⁹ als het Hof 's-Hertogenbosch¹⁵⁰ lieten in bepaalde gevallen in het midden of sprake was van een (daadwerkelijke) schending van de administratie- of publicatieplicht. Zij waren namelijk beiden reeds overtuigd van het feit dat er een andere belangrijke (externe) oorzaak was van het betreffende faillissement. In beide gevallen was voldoende aannemelijk gemaakt dat een belangrijke (externe) oorzaak van het betreffende faillissement, het faillissement van (één van) de werkmaatschappij(en) was. Voor het intreden van het faillissement van die werkmaatschappijen waren plausibele redenen gegeven, aldus het Hof Arnhem-Leeuwarden,¹⁵¹ dan wel was de wijze van bestuur van die werkmaatschappij thans geen onderwerp van geschil, aldus het Hof 's-Hertogenbosch.¹⁵²

5.3 *Disculpatie: art. 2:138/2:248 lid 3 BW*

In geval van aansprakelijkheid op grond van art. 2:138/2:248 lid 1 of lid 2 BW geldt in beginsel dat iedere individuele bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor de onbehoorlijke taakvervulling.¹⁵³ Een individuele bestuurder kan zich disculperen op grond van art. 2:138/2:248 lid 3 BW indien hem geen verwijt kan worden gemaakt van de onbehoorlijke taakvervulling en hij niet nalatig is

146 Hof Den Haag 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2595, *JOR* 2019/2, m.nt. S.C.M. van Thiel (*Axis II*).

147 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7338: ‘*Het is een feit van algemene bekendheid dat bouwbedrijven het zwaar te verduren hebben gehad tijdens de crisis en dat er behoorlijk wat faillissementen van bouwbedrijven zijn uitgesproken in de periode vanaf 2009. Maar er zijn ook genoeg bouwbedrijven die de crisis wel hebben overleefd. Bedrijven waarin sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur (en vast staat dat dit ook bij Groustins het geval was) zullen in tijden van tegenvallende marktomstandigheden sneller omvallen dan andere ondernemingen.*’

148 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:57.

149 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1008.

150 Hof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3627.

151 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1008, r.o. 4.7.

152 Hof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3627, r.o. 6.5.3.

153 HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, *JOR* 2013/336, m.nt. W.J.M. van Andel (*Verify*).

geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Zoals bekend levert ziekte geen disculpatiegrond op. Bij het Hof Amsterdam voerde een bestuurder (A) aan dat hij zich in verband met zijn gezondheidstoestand niet met het besturen van de vennootschap had beziggehouden. Hij had naar eigen zeggen een ander (C) naast zijn medebestuurder (B), tot bestuur van de vennootschap gemachtigd en pas na deze machtiging zou het omleiden van gelden zijn begonnen. Het hof oordeelde echter dat het feit dat A door B en C niet of nauwelijks werd geïnformeerd over de financiën voor hem op zijn minst aanleiding had moeten zijn om deze personen ter verantwoording te roepen en de volmacht van C in te trekken.¹⁵⁴

5.4 Matiging: art. 2:138/2:248 lid 4 BW

5.4.1 Collectieve matiging

In het kader van art. 2:138/2:248 lid 4 BW geldt een onderscheid tussen collectieve matiging en individuele matiging. Collectieve matiging kan in de rechtszaal slechts aan de orde komen bij de behandeling van de volgende onderwerpen: i) de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur; ii) de andere oorzaken van het faillissement; alsmede iii) de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. De Rechtbank Limburg paste collectieve matiging toe.¹⁵⁵ De rechtbank stelde voorop dat de bestuurder, door de onderneming aan haar lot over te laten om haar zieke man te verzorgen, niet had gehandeld als een redelijk denkend bestuurder. Daarbij waren de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling zodanig dat er niet op grond daarvan kon worden gematigd, aldus de rechtbank. Omdat er geen andere voldoende duidelijke oorzaken waren voor het faillissement dan deze stuurloosheid, resteerde alleen de onder (iii) genoemde grond als mogelijke matigingsgrond. De rechtbank stelde in dit kader onder meer vast dat de curator stukken had laten vernietigen zonder dit met de bestuurder te bespreken of vast te leggen. Door aldus te handelen, concludeerde de rechtbank, valt niet uit te sluiten dat de bestuurder in haar bewijspositie is geschaad, in elk geval wat betreft de hoogte van de schulden van de failliet. Op deze grond matigde de rechtbank de aansprakelijkheid van de bestuurder.

5.4.2 Individuele matiging

De rechter kan de aansprakelijkheid van een individuele bestuurder matigen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond.

¹⁵⁴ Hof Amsterdam 27 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1020, RO 2019/18 (*X/Pandelitschka q.q.*).

Zie ook simultaan: Hof Amsterdam 27 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1021 (*X/Pandelitschka q.q. II*) waarin medebestuurder B stelde dat het faillissement was veroorzaakt door bestuurder A en dat hijzelf al het redelijkerwijs mogelijke had gedaan om die uitkomst te voorkomen. Het hof wees het disculpatieberoep af nu medebestuurder B meer betrokken bleek bij de vennootschap dan bestuurder A, en dat A bovendien gaandeweg buitenspel was gezet en niet meer werd geïnformeerd.

¹⁵⁵ Rb. Limburg 07 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2168, JOR 2018/166, m.nt. C.H. Hamsen.

Een rechter kan zo nodig ambtshalve gebruikmaken van deze matigingsbevoegdheid, aldus ook het Hof Arnhem-Leeuwarden,¹⁵⁶ mits voldoende gronden zijn gesteld of gebleken die daartoe aanleiding geven.¹⁵⁷ Het Hof Den Haag zag in de hierboven in par. 5.1.3 reeds aangehaalde zaak geen aanleiding tot matiging van aansprakelijkheid van één van de opvolgend bestuurders (of ‘katvangers’) van Axis voor de fraude in de vorm van een btw-carrousel, ondanks het feit dat hij slechts bestuurder was gedurende een deel van de periode waarin de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond.¹⁵⁸ Alle vijf opeenvolgende besturen hadden namelijk telkens ongeveer even kort geduurd, zodat de onderhavige bestuurder in zoverre geen bijzondere positie innam.

5.5 Driejaarstermijn: art. 2:138/2:248 lid 6 BW

De vordering tot aansprakelijkheid voor het faillissementstekort kan op grond van art. 2:138/2:248 lid 6 BW slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement. Bij het Hof Den Haag speelde de vraag of een vordering op grond van onbehoorlijke taakvervulling ook kan worden ingesteld ter zake van een te late publicatie vóór aanvang van die driejarenperiode, maar welk verzuim wel is doorgelopen binnen de driejarenperiode.¹⁵⁹ Een interessante vraag waar de meningen over zijn verdeeld. Volgens Wezeman kan het vermoeden enkel intreden voor schendingen van publicaties die in de betrokken drie jaren hadden moeten plaatsvinden, dus niet reeds daarvoor.¹⁶⁰ Van Thiel stemt onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis daar mee in.¹⁶¹ Wij sluiten ons eveneens aan bij de stelling van Wezeman, waarbij we benadrukken dat het dus gaat om het moment waarop de publicatie had moeten plaatsvinden – en niet het moment waarop eventueel het verzuim wordt geheeld. Dit standpunt werd in 2018 veelal ook in de lagere rechtspraak gevolgd. Zo overwoog het Hof Arnhem-Leeuwarden dat de te late deponering van de jaarrekeningen over 2005, 2006, 2008 en 2010 buiten de in art. 2:248 lid 6 BW genoemde termijn viel en daarom niet kon bijdragen aan de feitelijke grondslag van de op art. 2:248 BW gebaseerde vordering van de curator.¹⁶² Ook de Rechtbank Limburg ging voorbij aan de niet-openbaarmaking van een jaarrekening van meer dan drie

156 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7338.

157 Zie *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 29, laatste alinea en A-G De Bock in ECLI:NL:PHR:2016:927 en de aldaar genoemde literatuur.

158 Hof Den Haag 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2595, *JOR* 2019/2, m.nt. S.C.M. van Thiel (*Axis II*).

159 Hof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:446, *JOR* 2018/119, m.nt. S.C.M. van Thiel (*Axis I*), r.o. 21. Het antwoord op deze vraag kon volgens het hof in onderhavige zaak echter in het midden blijven, nu een jaarrekening van latere datum met anderhalve maand was overschreden en voor die overschrijding geen enkele verklaring was gegeven.

160 J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, Deventer: Kluwer, 1998, p. 307.

161 S.C.M. van Thiel, annotatie bij Hof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:446, *JOR* 2018/119, nr. 11.

162 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:57.

jaar geleden. Hoewel die schending doorliep, achtte zij alleen schendingen in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement relevant.¹⁶³

5.6 Verwerking aansprakelijkstelling?

De altijd lastige positie van een curator is dat hij in de beginfase van een faillissement afhankelijk is van een bestuurder en daarmee zal moeten samenwerken in het kader van de afwikkeling van het faillissement, om daarna diezelfde bestuurder aan een nader onderzoek te onderwerpen. Een bestuurder zou daaruit wel eens rechtsverwerking willen herleiden. Voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking zijn echter bijzondere omstandigheden vereist.¹⁶⁴ Het arrest van het Hof Amsterdam illustreert goed dat de dubbele rol van de curator soms tot onbegrip bij de bestuurder kan leiden.¹⁶⁵ Volgens de bestuurder was door de curator een gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat hij hem niet zou aanspreken op schending van de boekhoudplicht omdat hij van meet af aan volledige medewerking had verleend aan de curator en inzage had verstrekt in alle onderdelen van de administratie. Het hof overwoog echter dat de curator zijn rechten ex art. 2:248 BW niet had verwerkt nu het duidelijk moest zijn geweest voor de bestuurder dat de administratie mede door de omleiding van gelden voor de curator moeilijk te doorgronden was en het nodige onderzoek vergde. Ook de verkoop van de onderneming uit de boedel aan de bestuurder maakte dit niet anders omdat deze verkoop, gelet op de aard van de door deze onderneming verleende diensten (en het betrokken belang van behoud van werkgelegenheid), nauwelijks uitstel kon velen.

5.7 De 2:138/2:248 BW-vordering als bate: turboliquidatie versus faillissement

Om de hiervoor besproken gronden voor bestuurdersaansprakelijkheid te ontlopen, kiezen bestuurders ook wel voor de route van de turboliquidatie met omzeiling van faillissement. De afgelopen jaren is – ook in de media¹⁶⁶ – aandacht voor dit fenomeen en de fraude die hierbij op de loer ligt.¹⁶⁷

Bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant vorderde een voormalig schuldeiser van een ontbonden vennootschap schadevergoeding op grond van bestuurdersaansprakelijkheid jegens de oud-bestuurder voor het onrechtmatig gebruikmaken van de

163 Rb. Limburg 7 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2168, *JOR* 2018/166, m.nt. C.H. Harmsen.

164 Zie ook Rb. Overijssel 24 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:245.

165 Hof Amsterdam 27 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1021 (*X/Pandelitschka q.g. II*).

166 C. Driessen, 'Turboliquidaties blijken 'prachtige toolkit' voor fraudeurs', *NRC* 19 november 2018.

167 Zie bijvoorbeeld M.Y. Nethe, 'Reuring rond turboliquidatie', *Ondernemingsrecht* 2017/6, p. 40-44; A. Karapetian en M.L. Lennarts, 'Flitsfraude', *TvI* 2016/32; M.J. Blommaert, 'Perikelen rondom turboliquidaties: opgeruimd staat netjes?', *TvI* 2016/34; H. Koster, 'De turboliquidatie nader beschouwd', *Bb* 2016/89; S. Renssen, *De turboliquidatie van de Besloten Vennootschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

turboliquidatie.¹⁶⁸ De rechtbank overwoog dat het achterwege laten van een vereffening, dan wel het doen van aangifte tot faillietverklaring door een bestuurder, onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn jegens een schuldeiser. Volgens de rechtbank moest de schuldeiser daarvoor in voldoende mate aannemelijk maken dat een door de curator in te stellen vordering ex art. 2:248 BW tot activa in de boedel zou hebben geleid, waaruit zij als schuldeiser dan (enige) betaling zou hebben ontvangen. De kantonrechter plaatste bij deze overweging de kanttekening dat eiseres daarbij niet kan profiteren van het bewijsvermoeden dat de namens de gezamenlijke schuldeisers optredende curator op de voet van art. 2:248 lid 2 BW wel heeft in een faillissement.¹⁶⁹ Nu eiseres niet was geslaagd in die bewijsopdracht, wees de rechtbank de vordering af.

In een zaak bij het Hof Den Haag vroeg een voormalig schuldeiser het faillissement aan van een reeds – naar Engels recht – ontbonden vennootschap (Taxi The Hague).¹⁷⁰ Het hof overwoog dat volgens vaste jurisprudentie een ontbonden rechtspersoon die naar het oordeel van het bestuur of de vereffenaar geen baten meer heeft en derhalve is opgehouden te bestaan (ingevolge art. 2:19 lid 4 of art. 2:19 lid 6 jo. art. 2:23b lid 9 BW) ook op verzoek van een schuldeiser die stelt dat hij nog baten heeft, door de rechter failliet kan worden verklaard. Volgens het hof is voorts geen reden waarom dit anders is in het geval van een ‘compulsory strike off’ van een Limited, naar Engels recht als hier aan de orde. Het hof bekrachtigde vervolgens de faillietverklaring op aanvraag van een schuldeiser, omdat voldoende aannemelijk was dat er nog baten waren. Een vordering (onder meer) op grond van art. 2:138 BW kon namelijk niet worden uitgesloten, aldus het hof.

5.8 Tweede Misbruikwet

Op grond van verschillende bepalingen die zijn ingevoerd bij de Tweede Misbruikwet ontstaat hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders indien bepaalde belasting- en premieschulden aan de Belastingdienst en het UWV, of verplichte bijdragen aan het bedrijfstakpensioenfonds (‘Bpf’) onbetaald blijven. De bepalingen worden veelvuldig ingeroepen en ook in 2018 zijn meerdere uitspraken gewezen op dit gebied. Bij de verschillende bepalingen staat steeds voorop de meldingsplicht bij betalingsonmacht jegens de Belastingdienst, het UWV of Bpf. Als op de juiste wijze is voldaan aan deze meldingsplicht, is een bestuurder alleen aansprakelijk als aannemelijk is dat het niet betalen van de belasting- en premieschulden of verplichte

168 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:4728, *JOR* 2019/31, m.nt. S. Renssen. Zie ook Hof Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1013, *JOR* 2018/236, m.nt. C.H.C. Overes.

169 Zie daarover kritisch: S. Renssen, annotatie bij Rb. Zeeland-West-Brabant 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:4728, *JOR* 2019/31, nr. 5 met verwijzing naar Hof Den Haag 2 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1846, *JOR* 2016/47, m.nt. S. Renssen.

170 Hof Den Haag 12 juni 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1447, *JOR* 2018/260, m.nt. I. Spinath.

bijdragen het gevolg is van een aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling. Als *niet* is voldaan aan de meldingsplicht, dan geldt een wettelijk vermoeden dat de niet-betaling van de belasting- en premieschulden of verplichte bijdragen aan de bestuurder is te wijten, waarbij de periode van drie jaar wordt geacht in te gaan op het tijdstip waarop de rechtspersoon met de melding van de betalingsonmacht in gebreke is.

5.8.1 Art. 23 Wet Bpf

Voor beoordeling of op een juiste wijze is voldaan aan de meldingsplicht, is onder meer van belang wanneer de melding betalingsonmacht uiterlijk moet zijn gedaan.¹⁷¹ In het kader van de Wet Bpf overwoog het Hof Den Haag dat de woorden '*onverwijld nadat gebleken is dat het niet tot betaling in staat is*', wetenschap impliceren van het ontstaan zijn van een premieschuld.¹⁷² Daarbij geldt volgens het hof dat de vraag wanneer een schuld ontstaat, losstaat van de vraag wanneer de termijn waarbinnen betalingsonmacht moet worden gemeld start. In casu stond vast dat de eerste niet betaalde nota waarvan het Bpf betaling vorderde, dateerde van 19 december 2012. Deze nota had dus uiterlijk 2 januari 2013 betaald moeten zijn. Dit betekende dat de melding van onmacht tot betaling uiterlijk 16 januari 2013 – dus twee weken na 2 januari 2013 – had moeten zijn gedaan, aldus het hof.

In een zaak bij de Rechtbank Noord-Nederland waren de meldingen betalingsonmacht binnen veertien dagen na de vervaldatum van de premienota's geschied.¹⁷³ Het Bpf stelde zich echter op het standpunt dat de vennootschappen hun recht op een melding betalingsonmacht hadden verspeeld, doordat zij zelf hadden veroorzaakt dat de premienota's over 2013 pas medio 2014 konden worden opgelegd. De kantonrechter ging hier niet in mee. Volgens de kantonrechter kon het feit dat de besluitvorming in deze zaak lang had geduurd niet eenzijdig op het conto van de vennootschappen worden geschreven en bestond derhalve ook geen grond om aan te nemen dat de melding betalingsonmacht eerder gedaan had moeten worden.

De Rechtbank Noord-Holland oordeelde dat het schrijven van MC Amstelveen van 1 februari 2013 als een tijdige en juiste melding van betalingsonmacht aan te merken was.¹⁷⁴ De vraag was echter of deze tijdige en juiste melding van betalingsonmacht ook kon worden aangemerkt als een geldige melding voor *toekomstige* termijnen. De trouwe lezer van de kroniek weet dat de Hoge Raad vorig jaar heeft beslist dat zolang nog sprake is van een betalingsachterstand niet opnieuw melding hoeft te worden gedaan, tenzij het Bpf de betalingsplichtige na

171 Over het fenomeen 'melding van betalingsonmacht' in het kader van de Wet Bpf verscheen in 2018 een interessante uiteenzetting van Visscher in *MvO* 2018/3.6, getiteld 'De aansprakelijkheid van bestuurders voor pensioenschulden (en het melden van betalingsonmacht) nader bezien'.

172 Hof Den Haag 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:19.

173 Rb. Noord-Nederland 27 februari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:958.

174 Rb. Noord-Holland 14 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1426, r.o. 5.3.

ontvangst van een betaling schriftelijk doet weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten.¹⁷⁵ De rechtbank oordeelde dat een schrijven van 11 februari 2013 van het Bpf aan MC Amstelveen niet kon worden aangemerkt als een zodanig bericht. Eerst vanaf eind december 2014 werden door MC Amstelveen de premies weer volledig voldaan. Vanaf dat moment ging de meldingsplicht van betalingsonmacht opnieuw lopen, aldus de kantonrechter. Omdat (onder meer) geen geldige melding had plaatsgevonden ná januari 2016, oordeelde de rechter dat de bestuurder jegens het Bpf aansprakelijk was voor een deel van de door de vennootschap verschuldigde premie.

Een volgende vraag is aan welke voorwaarden een melding moet voldoen om te kwalificeren als een melding van betalingsonmacht. Het Hof Den Haag oordeelde dat een e-mail met verzoek om voor de op dat moment opeisbare facturen een betalingsregeling te treffen niet gelijk te stellen is met een melding van betalingsonmacht. Daarbij ontbrak in de e-mail volgens het hof bovendien de minimaal vereiste informatie over ('inzicht in') de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de bijdrage niet kan worden betaald, terwijl die informatie niet mag ontbreken in een dergelijke melding. Doorslaggevend achtte het hof echter het volgende: *'Hoewel het hof daar minder zwaar aan zou tillen als dat het enige mankement zou zijn komt daar nog bij dat de e-mail niet, zoals vereist is, aan het Bpf, maar aan het door het Bpf ingeschakelde incassobureau is gericht.'*¹⁷⁶

De Rechtbank Rotterdam lijkt (nog) strenger in de leer.¹⁷⁷ Hoewel de bestuurder in september 2008 mededeling had gedaan aan het Bpf zelf, leidden de gebreken in die mededeling ertoe dat die mededeling niet als een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht in de zin van art. 23 lid 2 Wet Bpf kon worden aangemerkt. Volgens de rechtbank kon hier (slechts) impliciet uit worden afgeleid dat mogelijk sprake was van betalingsonmacht, maar zou deze mededeling ook kunnen worden begrepen als het louter informeren van het Bpf over een liquiditeitsprobleem met het verzoek om een betalingsregeling. De latere formele melding betalingsonmacht bij het Bpf maakte dit niet anders, nu daarop slechts zou zijn gemeld dat de loonheffingen niet konden worden voldaan. Tekstra wijst in zijn *JOR*-noot op het feit dat de door de rechtbank gehanteerde maatstaf niet in lijn is met de rechtspraak over de fiscale bestuurdersaansprakelijkheid van art. 36 IW 1990. Hieruit volgt namelijk dat de fiscus na een vergelijkbare mededeling wel wordt geacht op de hoogte te zijn van de betalingsonmacht, in welk geval een formele melding daarvan niet meer nodig is.¹⁷⁸ Ook wij kunnen ons indenken dat – zeker na de latere formele

¹⁷⁵ HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3019, *JOR* 2018/40, m.nt. Harmsen, r.o. 5.3.

¹⁷⁶ Hof Den Haag 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:19, r.o. 8.

¹⁷⁷ Rb. Rotterdam 27 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6205.

¹⁷⁸ A.J. Tekstra, annotatie bij Rb. Rotterdam 27 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6205, *JOR* 2018/294, nr. 3, met verwijzing naar HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:419, *JOR* 2014/155, m.nt. Tekstra (r.o. 3.3.1, tweede deel).

melding – het signaal aan het Bpf wel duidelijk had moeten zijn. Een interessante vraag die de rechtbank nog opwerpt, is of het niet tijdig doen van een correcte melding van betalingsonmacht zonder meer leidt tot aansprakelijkheid van de nieuwe bestuurder als gevolg van een onweerlegbaar wettelijk vermoeden. De rechtbank biedt gelegenheid tot nadere aktes. Wordt vervolgd dus.

5.8.2 Art. 36 IW

In 2018 zijn drie interessante arresten geweest over de toepassing van art. 36 lid 3 IW. Het gaat dan om de situatie waarin wel op juiste wijze aan de meldingsplicht is voldaan, maar (desondanks) aansprakelijkheid ontstaat omdat het niet betalen van de naheffingsaanslag te wijten is aan kennelijk onbehoorlijk bestuur van belanghebbende in de periode van drie jaren voorafgaand aan de melding van betalingsonmacht. De Ontvanger moet dit aannemelijk maken.

In zijn arrest van 8 juni 2018 herhaalde de Hoge Raad nog maar eens zijn vaste rechtspraak¹⁷⁹ over de invulling van dit criterium. Kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 36 lid 3 IW doet zich voor *‘als de bestuurder van een lichaam heeft bewerkstelligd dat belastingschulden van dat lichaam onbetaald bleven en hij zich ervan bewust was of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat zijn handelingen of gedragingen tot gevolg zouden hebben dat te weinig belasting zou worden betaald’*.¹⁸⁰ De Hoge Raad casseerde vervolgens de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 6 april 2017, waarin het hof had geoordeeld dat in onderhavige geval sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur en een voldoende verband met het onbetaald blijven van de belastingschulden. Het hof had zijn oordeel vooral gebaseerd op een rapport over de omzetbelasting over 2010, terwijl het in casu ging om het onbetaald blijven van loonheffingen over de periode 1 juni 2011 tot en met 31 maart 2012 en de door de BV verschuldigde omzetbelasting over de maanden juli en december 2011. Dat wil zeggen belastingschulden ontstaan in de periode ná het rapport. De Hoge Raad verwijst de zaak naar het Hof Arnhem-Leeuwarden, van welke hand de twee andere gewezen arresten in 2018 zijn.¹⁸¹

Deze twee arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden zijn begin 2019 gecasseerd door de Hoge Raad.¹⁸² Een uitgebreide bespreking lijkt ons derhalve beter op zijn plek in de kroniek 2019. In een notendop komen de arresten van de Hoge Raad erop neer dat de omstandigheid dat de verschuldigde belasting en premie meer belopen dan die welke overeenkomstig de aangiften zijn afgedragen, niet geldt als een verwijt in de zin van art. 36 lid 3 IW. Nu het hof dit verwijt wel in aanmerking had genomen, konden de uitspraken van het hof niet in stand blijven. De Hoge Raad

179 HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2161 en HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2982. 180 HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:853, JOR 2018/232, m.nt. A.J. Tekstra, r.o. 2.2.2.

181 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1165; Hof Arnhem-Leeuwarden 6 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1167.

182 HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:285 en ECLI:NL:HR:2019:284.

kwam tot de slotsom dat de Ontvanger niet is geslaagd in het van hem verlangde bewijs als bedoeld in art. 36 lid 3 IW en deed daarmee de zaak zelf af.

5.8.3 Art. 33 IW

Verder droeg de Hoge Raad in 2018 bij aan een belangrijke verduidelijking¹⁸³ van de ‘doorbraak’ van aansprakelijkheid voor belastingen in het kader van art. 33 lid 3 IW.¹⁸⁴ Art. 33 IW ziet op lichamen zonder rechtspersoonlijkheid of zonder volledige rechtsbevoegdheid, lichamen die buiten Nederland zijn gevestigd en lichamen die zijn ontbonden. In casu ging het om de aansprakelijkstelling door de Ontvanger van een bestuurder (A) van een naar Engels recht opgerichte Limited (B), voor de belastingsschulden van een Nederlandse CV (C). In een ‘obiter dictum’ overwoog de Hoge Raad in dit arrest dat tekst noch wetsgeschiedenis van het artikel steun biedt voor de opvatting dat ook de feitelijk beleidsbepaler als bestuurder in de zin van lid 1 sub a moet worden aangemerkt.¹⁸⁵ Het lijkt dus geen twijfel dat een feitelijk beleidsbepaler – door de Hoge Raad getypeerd als ‘degene die niet rechtens is belast met het bestuur van een lichaam maar die feitelijk handelt als ware hij bestuurder van dat lichaam’ – niet onder het bestuursbegrip van art. 33 IW valt. Dat is een belangrijk verschil met het bepaalde in art. 36 lid 5 sub b IW en art. 2:248 lid 7 BW waar juist de feitelijk beleidsbepaler wordt gelijkgesteld aan de bestuurder. In het onderhavige geval was dit echter geen probleem, nu juist géén sprake was van een feitelijk beleidsbepaler. De Hoge Raad bevestigde het oordeel van het hof dat A, gezien diens benoeming tot ‘*director*’ van B en gezien het feit dat B beherend vennoot was van C, op grond van art. 33 lid 3 IW kon worden aangemerkt als bestuurder van de CV.¹⁸⁶ De Rechtbank Noord-Holland kwam in een andere zaak tot een vergelijkbaar oordeel. De rechtbank oordeelde dat A als bestuurder in de zin van art. 33 lid 1 onderdeel a IW 1990 kon worden aangemerkt van rechtspersoon B, een naar Engels recht opgerichte Limited, nu A de directeur van de Limited was.¹⁸⁷ Door deze toepassing van art. 33 lid 3 IW op A, als bestuurder van B, een naar Engels recht opgerichte Limited, lijkt er een onderscheid te ontstaan in de doorbraakmogelijkheden van art. 2:11 BW en art. 33 lid 3 IW. Waar het incorporatiestelsel namelijk in de weg staat aan een doorbraak naar een bestuurder van een buitenlandse vennootschap op grond van art. 2:11 BW, lijkt deze barricade niet te gelden voor art. 33 lid 3 IW.¹⁸⁸

183 Zie hierover ook H.K. Schrama, ‘Ontwikkelingen rond ‘doorbraak’ van aansprakelijkheid voor belastingen’, *TOP* 2018/539; alsmede, J.J. Vetter, ‘Twee nieuwe aansprakelijkheidsbepalingen en flankerende maatregelen in de Invorderingswet 1990’, *FTV* 2018/10, p. 15 e.v.

184 HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1112, *BNB* 2018/162, m.nt. J.J. Vetter.

185 Dit obiter dictum is op aangeven van A-G IJzerman, ECLI:NL:PHR:2018:427, punt 5.10. A had het standpunt van de Ontvanger hieromtrent niet bestreden in cassatie.

186 Zie ook HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD5467, *BNB* 2008/239, m.nt. J.W. Zwemmer.

187 Rb. Noord-Holland 22 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2251.

188 Zie ook: Schrama *TOP* 2018/539.

6 Overige onderwerpen

6.1 Klachtplicht bij art. 2:9 BW, art. 2:138/2:248 BW en/of art. 6:162 BW?

In de kroniek in deze bundel van vorig jaar hebben Van Bekkum en Stoppels aandacht besteed aan de vraag of de klachtplicht ex art. 6:89 BW ook van toepassing is op vorderingen ex art. 2:9 BW.¹⁸⁹ In het jaar daarvoor hebben Oppedijk, Van Veen en Kraaiipoel hier ook al aandacht op gevestigd.¹⁹⁰ Wij verwijzen naar hun uitvoerige verwijzingen naar literatuur en rechtspraak waarin verschillende gezichtspunten en uitspraken naar voren komen. In 2018 is daar niet bijster veel aan toe te voegen. De Hoge Raad heeft zich tot op heden niet uitgelaten over de toepasselijkheid van de klachtplicht bij aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW. Wel verschenen twee lezenswaardige bijdragen die laten zien dat de meningen nog niet allemaal op een lijn liggen. Huizink schreef het artikel 'Bij bestuurdersaansprakelijkheid hoort geen klachtplicht'¹⁹¹ en Caris en Kulk schreven het artikel 'Interne bestuurdersaansprakelijkheid en de klachtplicht: de uitzondering op de regel of de regel op de uitzondering?'.¹⁹² Anders dan Huizink concluderen zij juist dat de verhouding tussen een bestuurder en de vennootschap een verbintenis is waarop Titel 1 Afdeling 9 Boek 6 BW van toepassing is en dus dat de klachtplicht toepasselijk is op art. 2:9 BW.

Op het gebied van de klachtplicht en art. 2:138/2:248 BW kan worden verwezen naar een Antilliaanse zaak waarin op 16 april 2018 vonnis werd gewezen. In deze zaak vorderde de curator van een internetcasino van de bestuurder (Carmanco) vergoeding van het boedeltekort op basis van het Antilliaanse equivalent van art. 2:138/2:248 BW. Het Gerecht in Eerste Aanleg oordeelde dat de bestuurder het niet denkbeeldige risico had genomen dat de inleg van spelers buiten het vermogen van de vennootschap zou geraken waardoor de bestuurder aansprakelijk was. Een beroep op de klachtplicht werd niet gehonoreerd. Het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao overwoog daartoe: *'Het beroep van Carmanco op schending van de klachtplicht van art. 6:89 BW faalt. Bij de beoordeling van de vraag of tijdig is geklaagd zijn alle omstandigheden van het geval van belang, waaronder de vraag in hoeverre de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. De rechter moet rekening houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. De*

189 Van Bekkum & Stoppels 2018, p. 15-16.

190 Kraaiipoel & Oppedijk 2017, p. 31-33.

191 J.B. Huizink, 'Bij bestuurdersaansprakelijkheid hoort geen klachtplicht', *O&F* 2018, afl. 3, p. 5-12.

192 S.A.L.L. Caris en mr. D.J.M. Kulk, 'Interne bestuurdersaansprakelijkheid en de klachtplicht: de uitzondering op de regel of de regel op de uitzondering?', *MvO* 2018/8-9, p. 249-256.

*tijd die is verstreken vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend. Tegen deze achtergrond constateert het gerecht dat Carmanco niet heeft gesteld dat zij nadeel heeft ondervonden, laat staan dat zij dit eventuele nadeel concreet heeft onderbouwd. Van enig nadeel van Carmanco die van het tijdsverloop het gevolg is geweest is daarom niet gebleken. Anderzijds volgt uit de aard van de onderhavige rechtsverhouding – een curator die pas bij gelegenheid van de faillietverklaring aan het werk kan – dat een zeker tijdverloop onvermijdelijk is. Bij die stand van zaken kan niet gezegd worden dat de curator zijn rechten heeft verwerkt.*¹⁹³

Op het gebied van de klachtplicht en zogenoemde ‘externe’ bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW kan worden verwezen naar een uitspraak van 21 februari 2018 van de Rechtbank Gelderland, die overwoog: ‘*Artikel 6:89 BW is van toepassing op de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis. Met verbintenis worden alleen die rechtsplichten bedoeld waarmee een subjectief vermogensrecht correspondeert van hem jegens wie de rechtsplicht bestaat (TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 38). Géén verbintenis in de zin van artikel 6:89 BW zijn de op een ieder rustende rechtsplichten om een ander niet op onrechtmatige wijze schade te berokkenen. Dergelijke algemene rechtsplichten zijn geen verbintenissen, omdat zij geen rechtsbetrekking vestigen tussen twee of meer bepaalde personen en omdat met deze rechtsplichten niet een subjectief vermogensrecht van de door de norm beschermde persoon correspondeert (vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 13 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7755).*¹⁹⁴ Deze overweging werd later in 2018 woordelijk overgenomen door de Rechtbank Zeeland West-Brabant.¹⁹⁵ Voor degenen die hierna nog twifelen kan worden verwezen naar een arrest van de Hoge Raad van 13 juli 2018 waarin meer in het algemeen (het betrof geen bestuurdersaansprakelijkheidszaak) is uitgemaakt dat de klachtplicht van art. 6:89 BW niet ziet op een vordering uit onrechtmatige daad.¹⁹⁶ Nu externe bestuurdersaansprakelijkheid in de kern gewoon een vordering betreft uit hoofde van onrechtmatige daad¹⁹⁷ lijkt de Hoge Raad in ieder geval voor het externe bestuurdersaansprakelijkheidsrecht uitsluitel te hebben gegeven.

193 Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao 16 april 2018, ECLI:NL:OGECAC:2018:69 (*Stacktrace*), r.o. 4.3.

194 Rb. Gelderland 21 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1153, r.o. 4.3. De overweging werd woordelijk herhaald in Rb. Zeeland-West-Brabant 4 juli 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:3892.

195 Rb. Zeeland-West-Brabant 4 juli 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:3892.

196 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, *Prg.* 2018/219, m.nt. P.J.M. Ros.

197 Zie J.B. Huizink, ‘Maakt de Hoge Raad het vennootschapsrecht opnieuw nodeloos ingewikkeld?’, *O&F* 2013, afl. 1, p. 30; F.M.J. Verstijlen, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht’, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015* (VDHI, nr. 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 323-348; en Westenbroek 2017 (diss.), par. 10.3.

6.2 WSNP

De chroniqueurs van vorig jaar herinnerden ons aan de verstrekkende persoonlijke gevolgen van aansprakelijkheid als bestuurder. In hun selectie zaten vijf uitspraken van rechtbanken en hoven waarin de schuldsaneringsregeling niet werd uitgesproken ten aanzien van een (aansprakelijkgestelde) bestuurder, onder meer omdat niet aannemelijk was dat de schulden wegens bestuurdersaansprakelijkheid te goeder trouw waren ontstaan (art. 288 lid 1 aanhef en sub b Fw). Aldus resteerde een persoonlijk faillissement. Van Bekkum en Stoppels riepen op tot zorgvuldige rechtspraak en nauwgezette inachtneming van de ‘hoge drempels voor persoonlijke aansprakelijkheid’ die de Hoge Raad heeft opgeworpen. Wij denken dat zorgvuldige rechtspraak uiteraard een vereiste is, maar menen daarnaast dat een juiste toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen en een juiste beoordeling van het vereiste ‘te goeder trouw’ (art. 288 lid 1 aanhef en sub b Fw) centraal staat. Het enkele feit dat een bestuurder aansprakelijk is, betekent immers niet dat hij niet te goeder trouw is. Wij wijzen verder nog op een interessant arrest van 11 september 2018 van het Hof Den Haag.¹⁹⁸ Dit hof stelde vast dat wegens de opheffing van het faillissement van de vennootschap er geen rechtspersoon meer bestond en daarmee evenmin een boedel die de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering omvatte en dat degene die de vordering als enige kon instellen en geldend maken – de voormalige curator – was gedefungeerd. Daarom kon de bestuurder niet langer op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk worden gehouden voor het boedeltekort. Gelet hierop, alsmede het feit dat de bestuurder inmiddels zowel zijn financiële als zijn persoonlijke situatie onder controle had gekregen als bedoeld in art. 288 lid 3 Fw, liet het hof de bestuurder alsnog toe tot de schuldsanering.

6.3 IPR

Het Hof van Justitie heeft eerder in het arrest *Holterman/Spies* enkele belangrijke hoofdlijnen geschetst met betrekking tot de rechtsmacht bij interne bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁹⁹ Voor bepaling van de rechtsmacht onder de (herschikte) EEX-Verordening (‘EEX-Vo’) is van belang of de rechtsverhouding tussen de rechtspersoon en haar statutair bestuurder kwalificeert als een verbintenis uit arbeidsovereenkomst (art. 20-23 EEX-Vo), dan wel als een verbintenis uit een overeenkomst anders dan een arbeidsovereenkomst (art. 7 lid 1 EEX-Vo), dan wel als een verbintenis uit onrechtmatige daad (art. 7 lid 2 EEX-Vo). Het Hof Amsterdam lijkt hiermee uit de voeten te kunnen en voegt hier zelf nog een terechte verfijning aan toe. In het arrest van dat hof stond voorop dat tussen partijen geen arbeids-

¹⁹⁸ Hof Den Haag 11 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2366.

¹⁹⁹ HvJ EU 10 september 2015, nr. C-47/14, *JOR* 2015/288, m.nt. C.G. van der Plas (*Holterman c.s./Spies*).

overeenkomst had bestaan, zodat art. 20-23 EEX-Vo niet van toepassing waren.²⁰⁰ Voorts stond vast dat de bestuurder – die de Spaanse nationaliteit bezat en in Spanje woonachtig was – geen vergoeding had ontvangen van de rechtspersoon (*Cancun Holding*) voor zijn werkzaamheden. Om deze reden vielen de verrichtingen van bestuurder niet onder het begrip ‘verstrekking van diensten’ in de zin van nu art. 7 lid 1 onder b) (tweede gedachtestreepje) EEX-Vo. Dit bracht mee dat het hof de vragen of de Nederlandse rechter rechtsmacht toekwam, moest beantwoorden aan de hand van het bepaalde in nu art. 7 lid 1 onder a) EEX-Vo: de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Het hof oordeelde dat ‘*Amsterdam, als de plaats waar Cancun haar statutaire zetel heeft en bij gebreke van een andersluidende bepaling in statuten, overeenkomst of ander document, moet worden aangemerkt als de plaats waar [geïntimeerde] zijn vennootschapsrechtelijke taak als bestuurder heeft vervuld en, dus, als de plaats waar zijn verbintenis tegenover Cancun tot een behoorlijke taakvervulling zoals bedoeld in art. 2:9 BW moest worden uitgevoerd*’.

Wat betreft de rechtsmacht en het toepasselijke recht in geval van aansprakelijkheidsvorderingen uit hoofde van art. 2:138/2:248 BW en de verhouding met de Insolventieverordening wordt algemeen aangenomen dat het Hof van Justitie in zijn arresten *H./H.K.*²⁰¹ en *Kornhaas/Dithmar*²⁰² meer duidelijkheid heeft geschept. Op basis van deze arresten lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat een Nederlandse curator een vordering ex art. 2:138/2:248 BW kan instellen voor de Nederlandse rechter jegens een bestuurder/beleidsbepaler van een buitenlandse vennootschap die zijn centrum van voornaamste belangen in Nederland heeft, aldus ook het Hof Den Haag.²⁰³ Het hof nam rechtsmacht aan nadat het had geconcludeerd dat voldoende sterke aanwijzingen bestonden dat het centrum van voornaamste belangen van Taxi The Hague (met statutaire zetel in het Verenigd Koninkrijk) in Nederland was gelegen. Voorts oordeelde het hof, zoals reeds eerder besproken, dat het aannemelijk was dat nog voldoende baten bestonden, nu de curator op grond van art. 10:121 BW een vordering uit hoofde van art. 2:138 BW zou kunnen toepassen ten aanzien van bestuurders van buitenlandse vennootschappen, indien de desbetreffende buitenlandse vennootschap is onderworpen aan heffing van de Nederlandse vennootschapsbelasting. Overigens zijn dit jaar twee lezenswaardige artikelen verschenen van zowel Arons²⁰⁴ als Van den Braak²⁰⁵ over de vraag of aan art. 10:121 BW betekenis toekomt indien de Insolventieverordening van toepassing is. Ook bespre-

200 Hof Amsterdam 18 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4696, RO 2019/16 (*Cancun Holding II*).

201 HvJ EU 4 december 2014, nr. C-295/13, JOR 2016/103, m.nt. P.M. Veder (*H./H.K.*).

202 HvJ EU 10 december 2015, nr. C-594/14, JOR 2016/104, m.nt. P.M. Veder (*Kornhaas/Dithmar*).

203 Hof Den Haag 12 juni 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1447, JOR 2018/260, m.nt. I. Spinath.

204 T.M.C. Arons, ‘Internationale bevoegdheid en toepasselijk recht bij aansprakelijkstelling van bestuurders door de curator van een Nederlandse vennootschap’, *Ondernemingsrecht* 2018/3.

205 S.M. van den Braak, ‘Het internationaal privaatrecht inzake bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement en de rechtspersoon-bestuurder’, *TvI* 2018/27.

ken beide auteurs de vraag of een curator in het kader van 2:138/2:248 BW de mogelijkheid heeft om ‘door te pakken’ naar een tweedegraadsbestuurder van een buitenlandse rechtspersoon. Wij verwijzen daar graag naar.

Tot slot speelde bij de Rechtbank Amsterdam de vraag naar het toepasselijk recht bij een vordering tegen bestuurders op grond van art. 6:162 BW.²⁰⁶ Over de vraag welk IPR-instrument in een dergelijk geval moet worden toegepast bestaat enige discussie. De rechtbank was van oordeel dat het toepasselijke recht op de aansprakelijkheid van een bestuurder van een Engelse vennootschap aan de hand van de verwijzingsregels voor vorderingen uit onrechtmatige daad (‘Rome II’) moest worden vastgesteld.²⁰⁷ De rechtbank overwoog: ‘*Voor de aanwijzing van het toepasselijk recht moet dus niet wordt aangeknoopt bij het incorporatierecht van VDM, omdat het hier niet gaat om vennootschapsrechtelijke mede-aansprakelijkheid van een vennootschapsfunctionaris (art. 10:119 sub e BW).*’ De rechtbank oordeelde dat op grond van art. 4 lid 1 Rome II Nederlands recht van toepassing is, omdat eisers in Nederland betaald hadden moeten worden, althans dat zelfs als een ander land (op onderdelen) zou hebben te gelden als het land waar de schade zich voordoet, dan tóch op grond van art. 4 lid 3 Verordening Rome II Nederlands recht van toepassing is.

²⁰⁶ Rb. Amsterdam 7 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7930.

²⁰⁷ Zie ook P. Vlas, *Rechtspersonen*, Praktijkreeks IPR 9, Maklu-Uitgevers: Apeldoorn, 2017, p. 210; en G. van Solinge, *T&C Ondernemingsrecht* 2014, art. 10:119 BW, aant. 9a. Zie meer genuanceerd, Asser/Kramer & Verhagen *10-III* 2015/68-70; en C.G. van der Plas onder Hof Arnhem-Leeuwarden 8 september 2015, *JOR* 2016/89.